

ALDERSDISKRIMINERING I ARBEIDSLIVET

Gammel er vel ingen alder?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 211
Leveringsfrist: 01.06.2010

Til sammen 30007 ord

01.06.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og overordnet problemstilling	3
1.2	Oversikt over avhandlingen	4
1.3	Begrepsbruk	5
1.3.1	Diskriminering	5
1.3.2	Forskjellsbehandling versus diskriminering	8
1.3.3	Alder	9
1.3.4	Aldersgrenser	9
1.3.5	Aldersgrense versus pensjonsalder	10
1.4	Kryssdiskriminering	11
1.5	Likebehandlingsprinsippet	12
1.6	Avgrensning av tema	13
<u>2</u>	<u>METODE OG RETTSKILDEBRUK</u>	<u>14</u>
2.1	Diskrimineringsvern i Grunnloven	17
2.2	Diskrimineringsvern i arbeidsmiljøloven av 17. Juni 2005. Nr. 62	18
2.3	Diskrimineringsvern i EU-retten; direktiv 2000/78/EF	18
2.4	Diskrimineringsvern i EMK	19
2.5	Dansk rett	23
<u>3</u>	<u>STEREOTYPISERING</u>	<u>25</u>
3.1	Innledning	25

3.2	Definisjon	26
3.3	Aldersisme	27
<u>4</u>	<u>HOVEDREGEL OM FORBUD MOT ALDERSDISKRIMINERING I EU/EØS OG NORGE</u>	<u>31</u>
4.1	Innledning	31
4.2	Aldersdiskrimineringsforbudets bakgrunn og utvikling i Norge	31
4.3	EU-direktivet og EU-domstolens praksis som rettskilde i Norge	33
4.4	Det rettslige utgangspunkt. Forbud mot diskriminering på grunn av alder	37
4.4.1	Vilkår for at det foreligger aldersdiskriminering i rettslig forstand	40
<u>5</u>	<u>UNNTAK FRA FORBUDET MOT DISKRIMINERING. NÅR KAN FORSKJELLSBEHANDLING PÅ GRUNN AV ALDER LIKEVEL KAN VÆRE LOVLIG?</u>	<u>44</u>
5.1	Innledning	44
5.2	Unntaket i Direktivet 2000/78/EF og arbeidsmiljøloven	45
5.3	Rettferdiggjørelse av aldersdiskriminering	50
5.3.1	”Objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål”	50
5.3.2	”Hensiktsmessig og nødvendig”	56
5.3.3	”Proporsjonalitet”	59
5.3.4	Hvorfor behandles diskriminering på grunn av alder annerledes enn alle andre diskrimineringsgrunnlag i direktivet?	60
5.4	Hva er gjeldende rett vedrørende unntak fra forbud mot aldersdiskriminering?	61
<u>6</u>	<u>KAN REGLER OM ALDERSGRENSER I LOV OG AVTALEVERK OPPRETTTHOLDES ETTER AT FORBUDET OM ALDERSDISKRIMINERING BLE EN DEL AV NORSK LOV?</u>	<u>64</u>

6.1	Innledning	64
6.2	Lovbestemte aldersgrenser	64
6.3	Arbeidsmiljøloven § 15-13 a første ledd	66
6.4	Særaldersgrensen i Sjømannsloven § 19. første ledd nr 6	81
6.5	Avtalebestedte aldergrenser og aldersgrenser som følge av langvarig praksis	94

7 HOVEDHENSYN MOT Å OPPRETTHOLDE ALDERSGRENSER FOR FRATREDELSE; MENNESKERETTSLOG VERDIGHET OG DEMOGRAFISK

UTVIKLING **101**

7.1	Innledning	101
7.1.1	Menneskerettslig perspektiv; argument mot å opprettholde aldersdiskriminerende regler	101
7.1.2	Økonomisk kostnad og demografisk utvikling	103
7.1.3	Bemerkning til diskrimineringslovutvalgets vurdering av aldersdiskrimineringsforbudet, NOU 2009:14	106

1 Innledning

Tema for avhandlingen er diskriminering av eldre arbeidstakere. Fokuset vil hovedsakelig være på aldersgrenser for fratreddelse fra arbeidslivet. Debatten rundt aldersgrenser kan sies å bygge på to hovedhensyn. På den ene siden er aldersgrenser for fratreddelse en rett til å trekke seg tilbake fra arbeidslivet etter et langt yrkesliv. På den andre siden, en plikt til å fratre arbeidet, enten ved tap av oppsigelsesvernet eller pliktig fratreden. -Begge alternativene innebærer et tap av en grunnleggende rett til å arbeide¹. Et slik tap resulterer i at arbeidstakere som ønsker og evner å arbeide etter de har nådd aldersgrensen, utsettes for aldersdiskriminering. Avhandlingen vurderer aldersgrensen for tap av oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven² så vel som særaldersgrensen i sjømannsloven³ og særaldersgrenser som er fastsatt i arbeidsavtaler og som følge av bedriftsintern praksis.

Aldersdiskriminering skiller seg fra annen diskriminering fordi det ikke gjelder en avgrenset gruppe. -Alle har en alder og alle kan derfor bli utsatt for aldersdiskriminering. Det er imidlertid hevdet at det er eldre som i størst grad utsettes for aldersdiskriminering i arbeidslivet.⁴ Livet spenner seg i gjennomsnitt over en periode på ca 81 år⁵, og i løpet av disse årene skal vi gradvis eldes, med alt det innebærer både sosialt og biologisk. Alderen påvirker våre kropper, våre holdninger og vår interaksjon med andre mennesker. Individet er det samme mennesket livet gjennom, med individuelle egenskaper og evner. Likevel oppfatter vi hverandre på bakgrunn av blant annet hvilken aldersgruppe vi tilhører. Vi plasserer mennesker i grupper, og det forventes at vi er utstyrt med et tankesett og egenskaper som avhenger av alder. Årsaken til at jeg nevner dette er at diskriminering har rot i stereotype oppfatninger som skygger over individets reelle evner. Dette kan blant

¹ Retten til arbeid utledes av Grunnloven § 110.

² Av 17. juni 2005 nr. 62.

³ Av 30. mai 1975 nr.18.

⁴ Sargeant (2006) side 5.

⁵ Gjennomsnittlig levealder i Norge. Se ssb.no "Befolkningsstatistikk".
<http://www.ssb.no/emner/02/02/10/dode/>

annet komme til syne når en arbeidsgiver på bakgrunn av irrelevante momenter slik som *alder*, kjønn eller hudfarge, tar avgjørelser på vegne av arbeidstaker og vedkommendes arbeidssituasjon.⁶

Med en aldrende befolkning og økende behov for arbeidskraft i fremtiden, kan det stilles spørsmål ved aldersgrensenes formål, især når det innebærer et tap av en grunnleggende rettighet; retten til arbeid. Det er således en demografisk-økonomisk konsekvens og en menneskerettslig konsekvens som følge av aldersgrenser. Belyst av disse to hovedargument vil avhandlingen rette et kritisk blikk mot aldersgrenser for fratredelse fra arbeidslivet, og vurdere rekkevidden av aldersdiskrimineringsforbudet i norsk rett i forhold til aldersgrenser for fratredelse fra arbeidslivet.

⁶ Richard Disney (1999) s 75.

1.1 Tema og overordnet problemstilling

Det er som hovedregel forbudt å diskriminere på grunn av alder, både direkte og indirekte⁷. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 hjemler forbud mot både direkte og indirekte diskriminering. Det finnes imidlertid et unntak fra forbudet som gjør aldersdiskriminering lovlig, fordi det antas at forskjellsbehandling på grunn av alder kan være nødvendig i enkelte tilfeller. For at slik forskjellsbehandling skal være lovlig, kreves at vilkårene i forbudets unntaksbestemmelse er oppfylt, jf. arbeidsmiljøloven § 13-3. Spørsmålet er således hva vilkårene innebærer og som fører til at forskjellsbehandling på grunn av alder er lovlig.

For å svare på dette er det nødvendig å gå inn i unntaksbestemmelsen og tolke hvert vilkår. Ettersom det norske aldersdiskrimineringsforbud i arbeidslivet er vedtatt på bakgrunn av innføring av tilsvarende forbud i EU-regelverket, er det naturlig å tolke norske regler i lys av EU-direktiv 2000/78 om likebehandling i arbeidslivet⁸, samt praksis knyttet til direktivet.

Diskriminerings- og likestillingsvernet etter norsk rett er i dag av svært fragmentarisk karakter. Vernet er spredt i forskjellige lover, internasjonale avtaler og direktiver, avhengig av diskrimineringsgrunnlagene som beskyttes.⁹ Diskrimineringsgrunnlaget alder, er inntatt i arbeidsmiljøloven og sjømannsloven¹⁰ som følge av at EU i 2004 vedtok rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet¹¹, heretter omtalt som ”EU-direktivet”. Alder som diskrimineringsgrunnlag er også beskyttet av blant annet Menneskerettighetskonvensjonen (heretter omtalt som EMK) og konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (heretter omtalt som SP).¹² Avhandlingen vil i hovedsak fokusere på aldersdiskrimineringsvernet med utgangspunkt i arbeidsmiljøloven og EU-direktivet, da disse særskilt regulerer forbud

⁷ Om direkte og indirekte diskriminering punkt 1.3.1.

⁸ Direktivet beskytter også andre diskrimineringsgrunnlag; religion, tro, handicap, alder og seksuell orientering. Mer om direktivet i punkt 4.

⁹ Likestillingsloven av 9. juni 1978 nr 45, diskrimineringsloven av 3. juni 2005 nr.33, menneskerettsloven av 21. mai. Nr 30 1999, Konvensjonene om sivile og politiske rettigheter (SP), den europeiske menneskerettighetskonvensjon(EMK) Konvensjonen om økonomiske og sivile rettigheter (ØSK) Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62, Direktiv 2000/78/EF.

¹⁰ Sjømannsloven av 30. juni 1975 nr. 18.

¹¹ 2000/78/EF.

¹² Dette omtales i kapittel 2.

mot diskriminering på arbeidslivets område, og fordi det kun er her lovlig unntak fra aldersdiskrimineringsforbudet er regulert.

Formålet med avhandlingen er å sette lys på stereotype oppfatninger av eldre arbeidstakere og drøfte rekkevidden av aldersdiskrimineringsvernet i forbindelse med aldersgrenser for fratredelse fra arbeidslivet. Dette gjøres ved å vurdere aldersgrensene mot unntaket for aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven § 13-2 andre ledd, som igjen tolkes i tråd med EU-direktiv 2000/78/EF artikkel 6 første ledd.

1.2 Oversikt over avhandlingen

Avhandlingen vil først redegjøre for de forskjellige diskrimineringsbegrepene og for alder som diskrimineringsgrunn. Deretter gjennomgås valg av metode og rettskilder jeg har funnet relevante. I kapittel 3 problematiserer jeg og gir mulige forklaringer på hvorfor aldersdiskriminering forekommer.

Dernest presenteres i kapittel 4 det rettslige aldersdiskrimineringsforbudet etter arbeidsmiljøloven og EU-direktivet, før jeg i kapittel 5 går inn i unntaket som setter rammen for når aldersdiskriminering kan være lovlig. I kapittel 6 vurderes lovligheten av øvre aldersgrenser som kommer til uttrykk både i arbeidsmiljøloven, sjømannsloven og som er fastsatt i avtale og praksis, og lovligheten av disse i lys av arbeidsmiljølovens og direktivets unntak om lovlig forskjellsbehandling og vernets utvikling etter EU-domstolens praksis. Til slutt, i kapittel 7 presenteres det jeg anser å være de to hovedhensyn mot å opprette aldersgrenser for fratredelse i arbeidslivet.

1.3 Begrepsbruk

1.3.1 Diskriminering

Ordet diskriminering kommer opprinnelig fra det latinske ordet ”discriminare”, som oversatt til norsk, betyr å ”skille mellom”.¹³ Diskriminering er imidlertid mer enn bare å skille mellom folk. Det er en handling som baserer seg på fordommer som resulterer i urettferdig behandling. Ikke-diskrimineringsprinsippet er et fundamentalt menneskerettlig prinsipp som er nedfelt i en rekke menneskerettslige konvensjoner.¹⁴

”Kjernen i prinsippet er at hvert menneske har rett til å bli vurdert som et individ, ikke som en gruppe.”¹⁵

Prinsippet er et av de grunnverdier som vårt moderne rettsystem hviler på og innebærer en grunnverdi som er udelelig og umistelig, og som verken kan hierarkiseres i forhold til andre grunnverdier eller avskaffes. Grunnverdiene blir til grunnrettigheter som tilslutt kommer tiluttrykk gjennom lover og traktater.¹⁶ Grunnverdien ikke-diskriminering på grunn av alder står kanskje ikke like sterkt i oss som for eksempel kjønn. Lovgiver har bestemt at forbudet mot aldersdiskriminering skal begrenses ved bruk et nokså vidtgående unntak.

Prinsippet har røtter helt tilbake i opplysningstiden. Middelalderens oppgjør med det føydale styresett, danner utgangspunktet for enkeltindividenes krav om frihet og likhet mellom borgerne. Borgernes rett til autonomi og likebehandling satte ved en ny samfunnskontrakt, grenser for statens makt- og myndighetsutøvelse.¹⁷ Prinsippene om frihet og likhet har helt siden den tid stått sentralt i oppjøret med slaveri, rasisme, kvinnediskriminering og nå, for ett av de nyeste diskrimineringsgrunnlag, alder.

¹³ Cotter (2008) side 9.

¹⁴ Konevensjonene om sivile og politiske rettigheter (SP) og økonomiske og sosiale rettigheter (ØSK), Den europeiske menneskerettighetskonvensjon(EMK), ILO nr. 111

¹⁵ Blaker Strand, Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern? Side 1.

¹⁶ Hellum og Ketscher (2008) side 34.

¹⁷ Hellum og Ketcher (2008) side19.

Diskrimineringsvernet er i rask utvikling og nye diskrimineringsgrunnlag vil stadig gjøre seg gjeldene. I dag omfatter både EMK, SP, og ØSK, flere klart uttrykte grunnlag som er vernet mot diskriminering. I tillegg innholder de enkelte bestemmelsene som forbyr diskriminering, en sekkekategori hvor også andre diskrimineringsgrunner kan gjøres gjeldene. EMK artikkel 14 uttrykker det for eksempel slik:

”Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.”

Definisjonene av diskriminering er gitt i en lang rekke konvensjoner og lover, og det er diskrimineringsgrunnlaget som avgjør hvilken lov eller konvensjon som kommer til anvendelse i hvert tilfelle. Til illustrasjon er diskriminering på grunn av kjønn hjemlet i likestillingsloven,¹⁸ diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse er hjemlet i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven¹⁹ og diskriminering på grunn av etisk opprinnelse er hjemlet i diskrimineringsloven²⁰. Ved diskriminering på grunn av alder kommer arbeidsmiljøloven kapittel 13 til anvendelse, jf. arbeidsmiljøloven §13-1 første ledd.

1.3.1.1 Direkte diskriminering

Definisjonene på direkte og indirekte diskriminering er gitt i en rekke lover. Arbeidsmiljøloven som beskytter mot aldersdiskriminering definerer imidlertid ikke forskjellen mellom direkte og indirekte diskriminering²¹. Av den grunn benyttes EU-direktivets definisjon på begrepene.

¹⁸ Av 9. juni 1978 nr. 45.

¹⁹ Av 20. juni 2008 nr 42.

²⁰ av 3. juni 2005 nr.33.

²¹ I den opphevede arbeidsmiljøloven fra 1977 ble det i mai 2004 innført et eget kapittel X A for å gjennomføre EFs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet. Begrepene direkte og indirekte diskriminering ble her definert i tråd med rammedirektivet. (Blaker Strand side 14) Definisjonene ble fjernet ved innføringen av arbeidsmiljøloven av 2005.

EU-direktiv 2000/78/EF artikkel 2 a definerer direkte forskjellsbehandling slik (dansk oversettelse):

”...det foreligger direkte forskjellsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikkel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situasjon bliver, er blevet eller ville blive behandlet”

Direkte diskriminering betyr at en person blir behandlet dårligere enn en annen blir, er blitt eller ville blitt, på grunn av den enkelte diskrimineringsgrunn, for eksempel alder. Formålet med forbudet mot direkte diskriminering er å sikre formell likhet.

Reglene om aldersgrensen i arbeidsmiljøloven § 15-13 a er et eksempel på direkte diskriminering. Regelen bestemmer at arbeidstakere som har fylt 70 år kan sies opp uten saklig grunn. Dette stiller personer over 70 år i en dårligere situasjon enn andre, og det foreligger således direkte diskriminering. Denne bestemmelsen drøftes mer inngående i kapittelet om aldersgrenser.

1.3.1.2 Indirekte diskriminering

EU-direktiv 2000/78/EF artikkel 2 a definerer indirekte diskriminering slik (dansk oversettelse):

”...det foreligger indirekte forskjellsbehandling, hvis en tilsynelatende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion eller tro, et bestemt handicap, personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe eller personer med en bestemt seksuell orientering, særlig ufordelaktig i forhold til andre personer...”

Med indirekte diskriminering menes at en tilsynelatende nøytral bestemmelse eller praksis faktisk stiller personer som er beskyttet gjennom reglene om diskriminering, ulikt. En stillingsannonse som søker etter *studenter* til en aktuell stilling er indirekte diskriminerende på grunn av alder fordi majoriteten av studenter faktisk er mellom 20 og 30 år. Dette innebærer at stillingen utelukkes for de aller fleste eldre søkere, og den virker således

indirekte diskriminerende overfor eldre søkere på tross av at det ikke uttrykkelig er fastsatt at stillingen kun er åpen for yngre søkere. Likestillings- og diskrimineringsombudet (her etter LDO) har uttalt seg i en sak vedrørende indirekte diskriminering på grunn av alder. Saken gjaldt Kristiansand kommune som i flere stillingsannonser utlyste nettopp stillinger med overskriften ”studentstillinger”. Ombudet vurderte saken og konkluderte med at kommunens bruk av studentstillinger virker indirekte diskriminerende på grunn av alder. Begrunnelsen bygget blant annet på at alderssammensetningen i søkergrunnlaget ville være skjev som følge av at stillingsannonseren retter seg mot studenter som i hovedsak er yngre mennesker. Det var derfor rimelig å anta at eldre arbeidstakere faktisk kommer dårligere ut.²²

Definisjonene på direkte og indirekte diskriminering ble fjernet ved innføringen av arbeidsmiljøloven av 2005, men det følger av forarbeidene at begrepene har samme innhold som tidligere.²³ At begrepene ikke defineres i arbeidsmiljøloven kan hevdes å være en uheldig løsning da det gjør individet avhengig av å gå til andre kilder for å definere forskjellen. Det kan derfor være en svekkelse av hensynet om forutberegnelighet.

1.3.2 Forskjellsbehandling versus diskriminering

De ulike lovene på diskrimineringsområdet bruker ulike begreper som betegner hvilken handling som er forbudt. Arbeidsmiljøloven bruker begrepet ”diskriminering”, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1, mens for eksempel likestillingsloven bruker ”forskjellsbehandling” jf. likestillingsloven § 3 første ledd.

Bakgrunnen for at begrepet ”diskriminering” ble innført i arbeidsmiljøloven var at dette skulle beskrive at forskjellsbehandlingen er ulovlig. Begrepet ”forskjellsbehandling” derimot, brukes som et mer nøytralt begrep som rommer både lovlig og lovstridig forskjellsbehandling.²⁴ Lovlig forskjellsbehandling er med andre ord ikke diskriminering

²² Sak 08/1280 av 11.11.2008.

²³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 325.

²⁴ Strand, Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?

etter norsk rett. For å kartlegge diskriminering er det nødvendig å oppfylle lovens vilkår for diskriminering. Dersom vilkårene ikke er oppfylt er det fortsatt mulig at det foreligger forskjellsbehandling, men den vil i tilfelle ikke betraktes som ulovlig. Internasjonalt betegnes diskriminering enten som saklig eller usaklig.

Jeg velger å bruke begrepene forskjellsbehandling og diskriminering noe om hverandre, men jeg vil i hovedsak anvende diskriminering, da dette klarer samsvarer bedre med *”direct and indirect discrimination”* i engelsk språkbruk.

1.3.3 Alder

Forbudet mot aldersdiskriminering omfatter enhver alder, høy som lav.²⁵ Med aldersdiskriminering menes at et individ blir ulovlig forskjellsbehandlet, direkte eller indirekte, på grunn av sin alder - på grunn av at vi har eller ikke har- en bestemt alder. Det foreligger ikke behov for å definere alderen for å avgjøre om man er vernet av forbudet mot aldersdiskriminering; I denne avhandlingen tas det utgangspunkt i at når alder settes som vilkår for en bestemt rettighet er det i utgangspunktet alltid diskriminering, helt uavhengig av hvilken alder.

Tema for denne oppgaven er imidlertid diskriminering av eldre arbeidstakere. Det har ikke vært viktig for meg å angi en bestemt alder for å definere hvilken aldergruppe som blir diskriminert. Det avgjørende er at alder oppfattes som bestemmende for hva individet kan gjøre og ikke gjøre, og hvilke rettigheter eldre har til arbeid.

1.3.4 Aldersgrenser

Aldersgrenser bestemmer at borgerne ikke har like rettigheter. De bestemmer at rettigheter varierer avhengig av alder. Aldersgrenser er således, i utgangspunktet, direkte diskriminerende. Det å gjøre forskjell på mennesker på grunn av alder har tidligere ikke vært å betrakte som et problem, det har derimot vært, og er fortsatt på mange områder en naturlig måte å inndele menneskers rettigheter og plikter. For eksempel er

²⁵ Ot.prp. nr.49(2004-2005) punkt 15.2.2.

myndighetsalderen bestemt å være 18 år.²⁶ Myndighetsalderen er ment å bestemme når individer kan ivareta egne rettigheter og påta seg plikter, men aldersgrensen tar ikke hensyn til individuell utvikling. En kan være mer eller mindre moden for alderen og likevel bli pålagt de samme plikter. Det er imidlertid verdt å merke seg at myndighetsalderen stadig har sunket. Inntil 1969 var myndighetsalderen 21 år, da den ble satt ned til 20 år. Fra 1979 har myndighetsalderen vært 18 år.²⁷

I avhandlingen omtales alle lovhjemler om frafall av oppsigelsesvernet også som aldersgrenser, selv om det formelt sett, i loven, ikke omtales som aldersgrenser. Etter min oppfatning innebærer frafall fra oppsigelsesvernet også en grense som angir hvilken alder oppsigelsesvernet svekkes. Det vil imidlertid komme klart frem av teksten hva som omtales.

1.3.5 Aldersgrense versus pensjonsalder

Øvre aldersgrenser for avgang fra arbeidslivet har som forklart i kapittel 4, sin opprinnelse i at arbeidstaker oppnår økonomisk trygghet i form av pensjonsutbetalinger,

Det kan i derfor se ut som om aldersgrensereglene som bestemmer at det er saklig å si opp arbeidstaker ved fylte 70 år, opprinnelig baserer seg på at begrepene pensjonsalder og aldersgrense har samme innhold. Retten til pensjon er en stor fordel, og trolig baseres reglene om at pensjon og lønn ikke kan overlappe hverandre på en tanke om at borgeren ikke kan få i både ”pose og sekk”. I dag er det imidlertid viktig å skille innholdet av begrepene fra hverandre. Alder gir status i form av at det gir rett til alderspensjon og er således omfattet av statusprinsippet²⁸.

En aldersgrense er, i denne sammenheng, bestemmende for på hvilket tidspunkt en arbeidstaker må fratre sin stilling på grunn av den alder vedkommende har oppnådd. Pensjonsalder er derimot den alder som angir når en har rett på alderspensjon fra folketrygden.²⁹ Det betyr at en aldersgrense for fratredelse fra arbeidslivet ikke kan være lavere enn pensjonsalderen. Denne begrepsforståelse

²⁶ Vergemålsloven av 22. april 1929 nr 3. § 1.

²⁷ Store norske leksikon, nettbasert utgave. <http://www.snl.no/myndig/jus>

²⁸ Ketscher (2008) utg. 3 *Socialret* side 71.

²⁹ Olav Eriksen, (1980) Universitetsforlaget, Bergen ”Oversikt over pensjonsretten” side 22.

finner støtte i blant annet Statoil-dommen.³⁰

1.4 Kryssdiskriminering

Med kryssdiskriminering³¹ menes diskriminering på flere grunnlag i samme handling.³² Dersom en kvinne blir oppsagt og begrunnelsen i realiteten er at arbeidsgiver ikke ønsker eldre kvinner på arbeidsplassen, er dette både usaklig diskriminering på grunn av alder og usaklig diskriminering på grunn av kjønn. Ved slik kryssdiskriminering blir diskrimineringsgrunnlagene vurdert separat ett for ett, og alle representerer diskriminering hver for seg. Problemet med diskriminering på flere grunnlag er at diskrimineringsforbudene i de forskjellige diskrimineringslovene er utformet på en slik måte at de kun verner usaklig diskriminering for hvert av grunnlagene, men ikke dersom grunnlagene virker sammen. Praktisk kommer dette til syne når det skal konstateres hvorvidt det foreligger diskriminering.

Aldergrenser for fratredelse fra arbeidslivet vil trolig ramme kvinner hardest. Kvinner er i større grad ansatt i deltidsstillinger³³, er ute i foreldrepermisjon og hjemmearbeidende. Dette får utslag på pensjonsytelsene kvinnene mottar, og vil således skape større uforholdsmessighet for kvinner enn for menn ved fratredelse fra arbeidslivet. Dette resulterer i diskriminering både på grunn av kjønn og på grunn av alder og vi har således å gjøre med kryssdiskriminering. FNs kvinnekomité (CEDAW) har utformet en generell rekommandasjon vedrørende eldre kvinner og beskyttelse av deres rettigheter. Her blir det i blant annet fokusert på kvinners lave pensjon etter endt arbeidsliv som følge av uteblivelse

³⁰ Stavanger Tingrett 05-75777 side 8.

³¹ Også kalt multiappel diskriminering. Et annet begrep som anvendes for å beskrive diskriminering på flere grunnlag er intersaksjonalitet. Det innebærer at hvert av diskrimineringsgrunnlagene ikke utgjør diskriminering isolert sett. Men sammen blir det diskriminering. Altså blir det ikke diskriminering på grunn av kjønn alene eller etnisitet alene, men mørke kvinner blir diskriminert i en spesiell situasjon fordi de både er mørke og kvinner.

³² LDOs "Praksis" (2008) side 90.

³³ Aune (2009) side 10.

fra arbeidsmarkedet, jf artikkel 11. Bestemmelsen oppfordrer statene til å foreta egnede undersøkelser for å kartlegge dette temaet.³⁴

1.5 Likebehandlingsprinsippet

I avhandlingen vil jeg bruke begrepet likebehandlingsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet om hverandre. Likebehandlingsprinsippet innebærer et utgangspunkt om at alle mennesker har krav på lik behandling. Prinsippet er utviklet gjennom praksis om forbud mot diskriminering på grunn av kjønn og innebærer et generelt forbud mot direkte og indirekte diskriminering. Prinsippet har en sentral plass i internasjonal arbeidsrett og ble introdusert allerede i 1959 ved opprettelsen av ILA-konvensjon nr 111.³⁵ Prinsippet om ikke-diskriminering og likebehandlingsprinsippet er således to sider av samme sak. Begge prinsippene skal ivareta menneskers rett til lik behandling i like tilfeller dersom det ikke foreligger saklig grunn til forskjellsbehandling. Jeg kommer nærmere tilbake vilkårene for lovlig forskjellsbehandling på grunn av alder, i kapittel 5.

De internasjonale reglene forplikter Norge til å innføre likebehandlingsprinsippet, og staten er derfor forpliktet til å føre en politikk som fremmer likebehandling mellom individene³⁶ I NOU 2003:2 står det:

”Staten skal i tillegg til å unngå å diskriminere i lovgivning og ved utøvelse av offentlig virksomhet, også arbeide aktivt for eliminering av diskriminering.”

EU-domstolen har i Mangold-dommen³⁷, uttalt at selve prinsippet om ikke-diskriminering på grunn av alders har sin opprinnelse i forskjellige nasjonale konvensjoner og i medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner. Mangold-dommen var EU-

³⁴ FNs’ generelle rekommandasjon om eldre kvinner og beskyttelse av deres rettigheter.
<http://www.globalaging.org/agingwatch/cedaw/index.htm>

³⁵ NOU 2003:2 punkt 4.1.

³⁶ NOU 2003:2 punkt 8.

³⁷ Sak C-144/04. Om faktum i saken se 5.3.2.

domstolens første sak om aldersdiskriminering knyttet til direktiv 2000/78/EU. I denne saken fremhevet domstolen at forbudet mot diskriminering skal anses å være et generelt EU-rettslig prinsipp som går lenger enn direktivets forbud mot aldersdiskriminering.³⁸ I kjølvannet av saken er det imidlertid reist spørsmål om EU-domstolen hadde rett i sin uttalelse om at forbudet mot diskriminering er et ulovfestet prinsipp i EU-retten, og rekkevidden av aldersdiskrimineringsforbudet er diskutert i en del EU-land særlig i Tyskland, hvor saken fant sted.³⁹

1.6 Avgrensning av tema

Eldre mennesker er en gruppe som er utsatt for utstrakte fordommer og trenger således et særskilt vern mot diskriminering. Samtidig forekommer det lovbestemte regler som unntar nettopp eldre fra rettigheter i arbeidslivet. Temaet for avhandlingen er derfor begrenset til å gjelde den lovbestemte aldersgrense i arbeidsmiljøloven, aldersgrensen i sjømannsloven og aldersgrenser som er avtalt i arbeidsavtale og etter bedriftsintern praksis. Det finnes også andre aldersgrenser for fratreddelse, herunder aldersgrenser for arbeidstakere som har sitt arbeidsforhold regulert i tjenestemannsloven⁴⁰. I avhandlingen vil jeg imidlertid primært fokusere på de ovennevnte aldersgrenser.

³⁸ Dommens premisser 74 og 75.

³⁹ NOU 2009:14 pkt. 12.7.1 Dette fremgår av utvalgets innstilling, uten at det er begrunnet.

⁴⁰ Av 4. mars 1983 nr 3.

2 Metode og rettskildebruk

I dette kapittelet redegjøres det for avhandlingens metode og rettskildebruk. Det redegjøres også for andre viktige rettskilder som for øvrig ikke er tema for oppgaven, men som også verner individet mot aldersdiskriminering.

For å vurdere avhandlingens hovedtema, eldres diskrimineringsvern i forbindelse med aldersgrenser for fratredelse fra arbeidslivet, er EU-direktivet og arbeidsmiljøloven de sentrale utgangspunkter. Direktivet er rettskildemessig relevant, men det kan diskuteres hvor stor vekt direktivet har som rettskilde i norsk rett⁴¹, avhengig av rettsvitenskaplig, metodisk ståsted. Norge har tradisjonelt hatt en positivistisk juridisk metode som baserer seg på å drøfte rettskildenes relevans, slutning og vekt ut i fra et hierarkisk system.⁴² Grunnloven er viktigst, etterfulgt av formelle lover, og lavest på rangstigen kommer forskrifter. For dommer er høyesterettsdommer viktigst, dernest lagmannsrettsdommer og til sist tingrettens dommer. Folkerett og menneskerettigheter kommer ytterligere i en annen gruppe enn den norske retten. Dersom det oppstår motstrid mellom rettskildene, anvendes fortolkningsprinsipper⁴³ som avgjør hvilke av rettskildene som veier tyngst i fortolkningen. En slik fortolkningsstil kan hevdes å få en viss teknisk karakter.⁴⁴ Et ganske annet og nyere syn for juridisk problemløsning har som utgangspunkt at positivistiske⁴⁵ og internasjonale rettskilder vil virke sammen, og integreres inn i alle rettsområdene. Løsninger av rettslige problemstillinger vil ut i fra dette synet, i større grad baseres på argumentenes verdi, sammenlignet med en tradisjonell vektlegging av rettskildene.⁴⁶ Dette fører til at den tradisjonelle prioritetsrekkefølgen brytes, og at rettsspørsmål ikke løses basert på et positivistisk utgangspunkt.

⁴¹ Dette spørsmålet vurderes i punkt 4.3.

⁴² Ketscher (2000) side 272.

⁴³ Lex superior, lex specialis og lex posterior.

⁴⁴ Ketscher (2000) side 272.

⁴⁵ Med positivisme mener jeg at nasjonal lov er det primære utgangspunkt for rettsanvendelse. Se Ketscher (2000) s 273.

⁴⁶ Ketscher (2000) side 272.

Arbeidsmiljølovens regler vedrørende aldersdiskriminering er implementert som følge av EU-direktiv 2000/78. Direktivet kan på mange måter sies å utgjøre deler forarbeidene til arbeidsmiljølovens regler på dette området. Også andre internasjonale kilder som Norge er forpliktet til, verner individet mot diskriminering. For diskrimineringsgrunnlaget alder, er imidlertid EU-direktivet den kilden som går lengst i å vurdere hvilke diskrimineringstilfeller som kan rettferdiggjøres. Avhandlingen har derfor som utgangspunkt å vurdere eldres diskrimineringsvern knyttet til fratreddelse fra arbeidslivet i lys av EU-direktivet og EU-domstolens tolkning og utvikling av direktivet.

I tillegg til arbeidsmiljøloven og direktivet, er forarbeider en relevant rettskilde for å vurdere aldersdiskrimineringsvernet. Innføringen av vernet ble til en viss grad drøftet i Ot.prp.nr.49 (2002-2003). Forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven fra 2005 drøfter spørsmålet noe grundigere i Ot.prp.nr.104 (2004-2005). Deler av arbeidsmiljøloven ble endret med virkning fra 1. januar 2010 og spørsmålet om aldersgrenser ble vurdert også i forbindelse med dette i Ot.prp.nr.54. (2008-2009). Spørsmålet er også vurdert av diskrimineringslovutvalget, NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern, som leverte sin innstilling med vurderinger om en samlet diskrimineringslov til Stortinget sommeren 2009.

Det er nokså lite rettspraksis vedrørende aldersdiskriminering. Det skyldes i stor grad at alder som diskrimineringsgrunnlag først i senere tid har kommet sterkere i fokus. En annen årsak er at det for saker om diskriminering finnes selvstendige håndhevingsorganer, Likestillings- og diskrimineringsombudet (heretter LDO) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (heretter Nemnda). LDO og Nemnda er forvaltningsorgan som vurderer og gir uttalelser i diskrimineringssaker før, eller som alternativ til domstolsbehandling. Det finnes et lite knippe saker vedrørende aldersdiskriminering avsagt hos LDO og Nemnda, herunder én sak om aldersgrense for fratreddelse⁴⁷. Det finnes også noen relevante dommer fra tingretten og lagmannsretten. Det finnes foreløpig kun én sak vedrørende aldersgrenser som er vurdert av Høyesterett, denne dommen blir omtalt under eget punkt i 6.4.2.

⁴⁷ Nemnda 4/2006.

I tillegg til norsk rettspraksis, er naturligvis rettspraksis fra EU-domstolen en viktig kilde for avhandlingen. Avgjørelser om aldersgrenser for fratredeelse er anvendt som viktig rettskilde å tolke EU-domstolens uttalelser om og tolkning av aldersdiskrimineringsforbudet. Heller ikke EU-domstolen har avsagt et tallrikt antall avgjørelser, men særlig er Mangold-dommen⁴⁸, Palacios-dommen,⁴⁹ Age Concern-dommen⁵⁰ og Petersen-dommen⁵¹ viktige avgjørelser det legges vekt på i avhandlingen.

Når det gjelder litteratur, fremstår det nokså tydelig at aldersdiskriminering er et relativt nytt tema i norsk rett. Det er få forfattere og jurister som har skrevet om det. Der temaet er omtalt, er det gjerne omtalt sammen med andre diskrimineringsgrunnlag. Dette har gjort det nødvendig å gå til utenlandsk litteratur. Det meste av avhandlingens litterære kilder er engelske og amerikanske, da dette er stater hvor aldersdiskriminering i lengre tid har fått nokså stor oppmerksomhet i diskrimineringsrettsmiljøet, samt i andre disipliner.⁵²

Avhandlingen fokuserer hovedsakelig på EU-direktivets og EU-domstolens betydning for spørsmålet om aldersdiskriminering i norsk rett. I de følgende kildene som presenteres er det derfor bare EU-direktivet og arbeidsmiljøloven som anvendes som rettskilder i vurderingen som er foretatt i avhandlingens hovedproblemstilling, aldersgrenser for fratredeelse fra arbeidslivet. Grunnloven og EMK nevnes, men de er imidlertid ikke direkte anvendbare på oppgavens tema. Grunnloven gir ikke noe selvstendig diskrimineringsgrunnlag og EMK omfatter ikke arbeidslivet. Begge disse kildene er imidlertid under utredning der det vurderes hvorvidt de skal omfatte et sterkere diskrimineringsvern.

⁴⁸ Sak C-144/04.

⁴⁹ Sak C-411/06.

⁵⁰ Sak C-388/07.

⁵¹ Sak C-341/08.

⁵² Det er i stor grad skrevet om alder og stereotypisering av eldre i både psykologisk og sosiologisk vitenskap.

2.1 Diskrimineringsvern i Grunnloven

Det finnes ikke noe selvstendig diskrimineringsvern i Grunnloven. Av § 110 første ledd følger det imidlertid at staten skal legge til rette

”for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved sit arbeide”.

Dette gir i utgangspunktet ingen juridisk rett til arbeid som kan legges til grunn som rettsgrunnlag ved domstolene, men det anses å være et pålegg til statsmyndighetene om å føre en aktiv sysselsettingspolitikk med en målsetting om å unngå arbeidsløshet.⁵³

Bestemmelsen innebærer at staten bør påse at det arbeidsrettslige regelverket sikrer at ingen holdes utenfor arbeidslivet mot sin vilje.⁵⁴ Det skal legges til rette for at arbeidsdyktige personer, uavhengig av alder, skal kunne tjene til livets opphold ved eget arbeide. Det er vanlig å si at bestemmelsen gir uttrykk for ”retten til arbeid.”⁵⁵

Også Grunnloven § 110c ivaretar aldersdiskrimineringsvernet. Bestemmelsen pålegger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene som følge av at menneskerettsloven ble vedtatt.

Spørsmålet om hvorvidt Grunnloven skal inneholde en bestemmelse om ikke-diskriminering eller likestilling ble vurdert av diskrimineringslovutvalget.⁵⁶ På bakgrunn av momenter som baserer seg på at Grunnloven er vårt sterkeste rettslige virkemiddel og at grunnlovsfesting således vil styrke diskrimineringsvernet og fremme likestilling, konkluderer utvalget med at Grunnloven bør inneholde en regel om forbud mot diskriminering. Det er oppnevnt et utvalg som fortiden vurderer hvorvidt det bør være et grunnlovsfestet vern i Norge. Spørsmålet i forbindelse med aldersdiskriminering er om et grunnlovsfestet ikke-diskrimineringsprinsipp fører til et styrket vern for eldre arbeidstakere. Jeg vier imidlertid ikke spørsmålet plass i denne avhandlingen.

⁵³ Se Innst. S. nr. 220 (1954) side 585.

⁵⁴ Andenæs, Statsforfatningen i Norge. (2000) s 434 og NOU 2003:2 s 28.

⁵⁵ Rettsdata.no. Grunnloven 110 er kommentert av Fliflet.

⁵⁶ NOU 2009:14.

2.2 Diskrimineringsvern i arbeidsmiljøloven av 17. Juni 2005. Nr. 62

Det lovbestemte vernet som beskytter mot diskriminering på grunn av alder, finnes i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Arbeidsmiljøloven er en vernelov for arbeidstaker men er også ment å regulere forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Likebehandling i arbeidslivet er angitt som en del av formålsbestemmelsen i loven § 1-1. Det skal gis uttrykk for et verdisyn som innebærer at ”man ikke på usaklig grunnlag skal holdes utenfor eller hindres fremgang i arbeidslivet”. Loven omfatter i utgangspunktet enhver ”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker”⁵⁷, dersom det ikke er gjort unntak i loven. En mer omfattende beskrivelse av diskrimineringsvernet etter arbeidsmiljøloven, gis i kapittel 4 og 5.

2.3 Diskrimineringsvern i EU-retten; direktiv 2000/78/EF

EUs rådsdirektiv om generelle rammebestemmelser om beskjeftigelse og erverv, gir arbeidslivets område, vern mot diskriminering på grunn av blant annet alder. Direktivet er en del av EUs ikke-diskrimineringspakke som også inneholder Rådsdirektiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling, uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse.⁵⁸

EU direktivet er hjemlet i EF-traktaten artikkel 13, nå artikkel 19. Artikkel 13 ble vedtatt etter EØS avtalen ble inngått, og direktivet er således ikke en del av EØS avtalen. Det ble heller ikke oppnådd enighet i EØS/EFTA-landene om implementering av direktivet, og Norge er følgelig ikke rettslig forpliktet av direktivet. Regjeringen gikk likevel inn for at norsk lovgivning skulle endres i tråd med direktivet.⁵⁹ Konsekvensen av at direktivet ikke er innlemmet i EØS avtalen er for det første at EØS lovens regel om forrang i § 3 ikke kommer til anvendelse. For det andre har ikke EFTA-domstolen og EFTAs overvåkningsorgan kompetanse til å håndheve diskrimineringsbestemmelsene. Direktivet omtales i kapittel 4 og 5.

⁵⁷ Arbeidsmiljøloven § 1-2.

⁵⁸ Hellum og Ketscher (2008) s 122.

⁵⁹ Mer om dette i avsnittet om EU direktivet som rettskilde i Norge punkt 4.3

2.4 Diskrimineringsvern i EMK

EMK og FN-konvensjonene om sivile og politiske rettigheter (SP) og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) har direkte virkning i norsk rett som følge av vedtakelsen av Mennekerettighetsloven av 21. mai 1999 nr 30⁶⁰. Loven fastsetter forholdet mellom norsk rett og menneskerettighetene slik de kommer til uttrykk i disse konvensjonene, og har forrang ved eventuell motstrid.⁶¹

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 14 hjemler forbud mot diskriminering.⁶² Bestemmelsen uttrykker at utøvelsen av de rettigheter og plikter som er fastlagt i konvensjonen, skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge... eller annen status. Alder er ikke nevnt som et av diskrimineringsgrunnlagene i artikkel 14, men det fremgår både av den forklarende protokollen til EMKs tilleggsprotokoll nr. 12 og praksis fra EMD⁶³ at alder skal innfortolkes i ”annen status”.

Av ordlyden i artikkel 14 fremgår det at diskrimineringsvernet er aksessorisk. Det gjelder således kun for de rettigheter og plikter som er fastsatt i de øvrige bestemmelsene i konvensjonen. Konvensjonen hjemler ikke retten til arbeid og det foreligger derfor ikke vern for diskriminering på grunn av alder i arbeidslivet etter EMK.

På tross av at dette er et metodekapittel, ønsker jeg i det følgende å vurdere et par viktige spørsmål om bruk av EMK.

Det kan stilles spørsmål om retten til arbeid kan utledes av andre rettigheter som er vernet etter konvensjonen. Dette spørsmålet ble tatt opp i Høyesterett i Nye Kystlink-saken.⁶⁴ Saken gjaldt oppsigelse som følge av oppnådd pensjonsalder i sjømannsloven, og ett av de påberopte rettslige grunnlag var EMK art 14. Arbeidstaker mente at retten til arbeid kunne

⁶⁰ Menneskerettsloven § 2.

⁶¹ Menneskerettsloven § 3.

⁶² Se bestemmelsen i avhandlingens side 7.

⁶³ EMD sak nr. 9106/08 Bouamar mot Belgia.

⁶⁴ Nye Kyslink AS. Rt. 2010 side 202. Om dommen se punkt 6.2.4.1.

utledes av konvensjonens artikkel 11 om forsamlings- og foreningsfrihet og første tilleggsprotokoll artikkel 1 om vern av eiendom. Høyesterett bemerket i denne forbindelse at det ikke foreligger praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter EMD) som kan underbygge en slik forståelse. I følge Høyesterett var dette en forutsetning for at dette kunne legges til grunn og gjøres gjeldende som intern norsk rett. Høyesterett henviser i denne forbindelse til Bøhlerdommen,⁶⁵ som anses å være den grunnleggende dommen vedrørende grunnleggende tolkningsprinsipper for norske domstolars forståelse av EMK. Bøhlerdommen anerkjenner utgangspunktet om at norske domstoler skal tolke konvensjonen på samme måte som EMD, men det uttrykkes samtidig at norske domstoler skal anlegge en restriktiv tolkningsstil sammenlignet med EMD. EMD har i stor grad minimert betydningen av at et forhold som bringes til domstolen under artikkel 14, må være aksessorisk med en annen konvensjonsbestemmelse, men Høyesterett kunne ikke finne at liknende spørsmål om vern mot diskriminering i forbindelse med retten til arbeid tidligere var vurdert av EMD⁶⁶. Det ville derfor være å anlegge en for dynamisk tolkning av konvensjonen dersom retten til arbeid skulle kunne utledes av en annen konvensjonsbestemmelse.

Et annet spørsmål som kan være relevant å stille i forbindelse med EMK, er hvorvidt vernet for eldre arbeidstakere i Norge ville blitt styrket som følge av ratifikasjon av EMKs' tilleggsprotokoll 12, om et generelt vern mot diskriminering.

Norge undertegnet tilleggsprotokollen i mars 2003. Den er imidlertid foreløpig ikke ratifisert⁶⁷. Det er først ved ratifikasjon Norge påtar seg forpliktene som følger av protokollen.⁶⁸ Tilleggsprotokollen oppstiller et selvstendig diskrimineringsforbud som leder til et videre virkeområde enn artikkel 14. Bakgrunnen for opprettelsen av tilleggsprotokollen var nettopp på grunn av at diskrimineringsvernet etter konvensjonens

⁶⁵ Rt. 2000 s 996.

⁶⁶ EMD sak nr 65731/01 Stec mot Storbritannia.

⁶⁷ NOU 2005:8 punkt 9.6.

⁶⁸ NOU 2009:14 punkt 24.1.

artikkel 14, er begrenset til å gjelde de rettigheter som konvensjonen beskytter. Til nå⁶⁹ har 17 land ratifisert protokollen. Den sentrale bestemmelsen artikkel 1 har følgende, engelske ordlyd:

- ” 1 The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.
- 2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.”

Det er klart at diskrimineringsbegrepet etter tilleggsprotokollen har det samme innhold som artikkel 14 og at listen over diskrimineringsgrunner ikke er uttømmende.⁷⁰ Alder skal derfor også her innfortolkes i ”other status”. Dersom protokollen ratifiseres vil den trolig inkorporeres i menneskerettighetsloven⁷¹ og diskrimineringsforbudet får således forrang ved motstrid med norsk lov. Det vil derfor være grunn til å argumentere for at lovbestemmelser som innebærer direkte og indirekte aldersdiskriminering på arbeidslivets område, vil måtte vike til fordel for diskrimineringsforbudet i tilleggsprotokollen. Videre vil spørsmålet bli om enhver diskriminerende regel er forbudt eller om det vil kunne åpnes for å gjøre unntak dersom det foreligger saklig grunn til forskjellsbehandling slik som dagens nasjonale lovverk og EU- retten gir adgang til. Her må det antas at praksis fra andre konvensjoner blir gjeldene og det er gjeldende rett at bare usaklig forskjellsbehandling skal anses ulovlig.

I forbindelse med utredning om en samlet diskrimineringslov⁷² er det foretatt en vurdering av hvorvidt Norge skal ratifisere tilleggsprotokollen. På bakgrunn av usikkerhet i hva den

⁶⁹ 19. juni 2009.

⁷⁰ Rettsdata.no, note 95 til artikkel 14 i menneskerettskonvensjonen.

⁷¹ Dette er imidlertid diskutert i 2009:14 og utvalget er her uenig om protokollen skal inkorporeres i menneskerettighetsloven eller diskrimineringsloven. Da de øvrige tilleggsprotokollene er inkorporert i menneskerettighetsloven tar jeg utgangspunkt i at dette blir tilfellet også for protokoll 12 ved en eventuell ratifisering.

⁷² NOU 2009:14

reelle virkningen av inkorporeringen vil bestå i, både med hensyn til blant annet utvidelse av et generelt saklighetskrav, utvidelse av diskrimineringsgrunnlagene og usikkerhet knyttet til tokning av protokollen, kom utvalgets flertall frem til at de ikke anbefaler at Norge ratifiserer protokollen.⁷³ Jeg vil imidlertid trekke frem noen hensyn som trekker i retning av at Norge bør inkorporerer protokollen.

For det første hensynet til et enhetlig diskrimineringsvern både nasjonalt og internasjonalt. Norge har allerede ratifisert konvensjonen om de sivile og politiske rettigheter (SP), og er således menneskerettlig forpliktet til å overholde diskrimineringsforbudet i SP artikkel 26 som ikke er av aksessorisk karakter. På det materiell plan antas der derfor ikke å foreligge vesentlige forskjeller mellom SP artikkel 26 og EMK tilleggsprotokoll 12. Det er derimot de prosessuelle forhold knyttet til håndhevingen av konvensjonene som skiller konvensjonenes virkning. FN konvensjonene SP og ØSK håndheves av menneskerettskomiteen. Komiteen kan komme med uttalelser til statene dersom det foreligger brudd på konvensjonenes bestemmelser, men uttalelsene er imidlertid ikke bindende for statene. EMK håndheves derimot av Den europeiske menneskerettighets domstol som fungerer som en overstatlig domstol som treffer bindende avgjørelser som er bindende for statene.

Et annet viktig hensyn er hensynet til å styrke individets vern mot diskriminering. Det er dette som etter min oppfatning må anses å være protokollens bærende hensyn. En ratifikasjon av tilleggsprotokollen vil som nevnt innebære en effektivisering av diskrimineringsvernet på områder som ikke er dekket av selve konvensjonen. Det betyr at individets vern mot usaklig forskjellsbehandling gjøres sterkere og likebehandlingsprinsippet kan således enklere ivaretas.

Jeg vier ikke spørsmålet vedrørende tilleggsprotokoll 12 mer plass her, men det er viktig å stille spørsmålet om virkningen av ratifikasjon med hensyn til diskrimineringsforbudets rekkevidde for deltakere på blant annet arbeidslivets område. Avdeling for kvinnerett,

⁷³ NOU 2009:14 side 299.

barnerett, likestillingsrett og diskrimineringsrett, KVIBALD, har i sin høringsuttalelse til NOU 2009:14, bemerket utvalgets anbefaling om å ikke ratifisere protokollen. Svært få land har frem til i dag ratifisert protokollen. Det kan delvis være på grunn av at EU-statene som følge av Lisboatraktaten nå får et tilsvarende sterkt diskrimineringsvern som vil gjelde innad i EU, og dels på grunn av nasjonalstatenes frykt for konsekvenser av ratifisering. Dette er momenter som kan trekke i retning av at få land også i fremtiden kommer til å slutte seg til protokollen. Norge er imidlertid som kjent, ikke en del av EU-medlemskapet, og får således ikke glede av diskrimineringsvernet etter Lisboatraktaten. Det kan derfor være grunn til å tro at spørsmålet om ratifikasjon av tilleggsprotokoll 12 i Norge vil bli vurdert på nytt før ikrafttreddelsen av ny diskrimineringslov.

2.5 Dansk rett

Norsk og Dansk rett stammer naturligvis fra samme rettstradisjon. I arbeidet med avhandlingen har jeg funnet det interessant å se over til dansk rett, som i forbindelse med avgangsalder for fratredelse, kan synes å være noe mer radikalt utviklet sammenlignet med norsk rett.

Det danske Folketinget vedtok i juni 2008 å oppheve den generelle pliktige avgangsalder for tjenestemenn som har fylt 70 år. Virkningen av endringene innebærer at tjenestemenn forblir ansatt, men også at de kan ansettes, etter fylte 70 år. Opphør av arbeidsforholdet må derfor skje ved oppsigelse med saklig grunn på vanlig måte.

Begrunnelsen for opphevelsen av aldersgrensen i Danmark er at det ikke bør være ”utiddssvarende”⁷⁴ regler som skal være avgjørende for når man skal avslutte arbeidslivet. De ansatte bør således ikke tvinges ut av arbeidsmarkedet fordi de når en bestemt alder. Det danske Folketing mener derimot at de eldre bør ha mulighet til å fortsette å arbeide så lenge de har lyst og evne til det. De danske forarbeider har vurdert konsekvensene ved å oppheve

⁷⁴ “Umoderne.” Jf. Ordnett.no.

aldersgrensene og kommet frem til at det verken foreligger økonomiske, administrative eller miljømessige konsekvenser for opphevelsen.⁷⁵

Den danske Landretten avsa i november 2009 en sak vedrørende aldersdiskriminering.⁷⁶ Retten fastslo at det hadde forekommet aldersdiskriminering og retten tilkjente arbeidstakerne opptil kroner 200 000 i erstatning. Det ble fastslått at forflyttelse av fem arbeidstakere, som i realiteten førte til oppsigelse, var basert på de ansattes alder. De ansatte som ble beordret å flytte til en ny avdeling var alle over 50 år. Arbeidsgiver kunne ikke bevise at det ikke var lagt vekt på alder i forbindelse med utvelgelsen av hvilke ansatte som skulle forflyttes, og tapte således saken.

Den danske retten har således i større grad gått i retning av å utvide aldersdiskrimineringsvernet for eldre arbeidstakere. Det er for det første vedtatt å oppheve aldersgrensene for tjenestemenn, samt at domstolene idømmer arbeidsgiver erstatningsansvar som følge av brudd på aldersdiskrimineringsforbudet.

⁷⁵ 2007/2 LSF 175. Forslag til Lov om ændring af lov om tjebestemænd og forskellige andre love. www.retsinformasjon.dk

⁷⁶ Saksnr. U.2010.603Ø.

3 Stereotypisering

3.1 Innledning

Dette kapittelet belyser selve bakgrunnen til avhandlingen. Nemlig årsaken til at aldersdiskriminering forekommer, som igjen fører til at vi må ha regler som fastslår at diskriminering er forbudt. Vi må stille spørsmål om hvorfor slik irrasjonell diskriminering fortsatt eksisterer i et tilsynelatende moderne og liberalt samfunn som vi lever i. Hvorfor forskjellsbehandler samfunnet eldre mennesker? Hvilke forestillinger ligger bak våre holdninger som fører til aldersdiskriminering? Og hvorfor oppfattes det fortsatt som akseptabelt å skille mellom menneskers rettigheter ved bruk av aldersgrenser? Er eldres menneskers rettigheter mindre verdt enn yngre menneskers rettigheter?

For å begynne med det siste først. Ettersom jeg har arbeidet med dette temaet, er min oppfatning at det er få som vil svare ja på det siste spørsmålet. Folk flest mener nok ikke at eldre har mindre verdi som menneske.⁷⁷ Det forekommer imidlertid oppfatninger om hvilke roller alle grupper mennesker skal spille i den helhetlige, sosiale, samfunnsstrukturen, herunder også en oppfatning om hvordan eldre skal utøve sin rolle. Dette skaper stereotype oppfatninger om eldre og hva de bør foreta seg. Stereotype holdninger skaper diskriminerende handlinger og regler, som av samfunnet oppfattes som både rasjonelle og legitime.⁷⁸ For eksempel har tvungen avgang fra arbeidslivet vært oppfattet som en akseptabel praksis, på tross av at det fratar individer en grunnleggende rettighet; retten til arbeid.⁷⁹ Aldersdiskriminering oppstår altså når fordommer mot aldersgrupper på en eller annen måte blir institusjonalisert, enten det er ved eksplisitte regler, eller implisitt i form av sedvane og praksis.

⁷⁷ Dette baserer jeg på samtaler og diskusjoner jeg har hatt vedrørende eldres rettigheter.

⁷⁸ Macnicol (2006) side 30.

⁷⁹ Grunnloven § 110.

3.2 Definisjon

Det er gjort mange forsøk på å definere stereotypisering. I følge Charles Stangor⁸⁰ finnes det hundrevis av definisjoner. Felles for de fleste definisjonene er at de i stor grad baseres på en generell ide om at stereotypisering er en måte å strukturere vår kunnskap på som tjener som mentale, forenklede bilder av den aktuelle gruppen mennesker.⁸¹ Veldig kort kan stereotype oppfatninger beskrives som de karaktertrekk som først faller oss inn når vi tenker på en spesiell gruppe mennesker. Et av de nyeste litterære verkene innen temaet stereotypisering, *Gender Sterotyping*⁸², definerer stereotypisering slik

”It is the way we categorize individuals, often unconsciously, into particular groups or types, in part to simplify the world around us. It is the process of ascribing to an individual general attributes, characteristics, or roles by reason only of his and her apparent membership in a particular group.”⁸³

Kjernen i begrepet er altså at vi danner oss et standardisert bilde eller oppfatning av en gruppe mennesker. For eksempel eldre. Til forskjell fra fordommer er stereotypisering definert som en nøytral beskrivelse av grupperinger. Fordommer er *negative* holdninger mot en gruppe eller mot medlemmer av en gruppe.⁸⁴ Selv om stereotyper kan være positive, er de imidlertid primært negative. I følge Stangor genererer vi flere negative enn positive stereotyper, og selv når vi uttrykker positive stereotyper blir det gjerne oppfattet som noe negativt.⁸⁵

Det verserer utallige myter om eldre. Problemet med disse mytene er at de baseres på stereotyper som fører til at individer blir behandlet som medlemmer av en homogen gruppe, fremfor å bli behandlet som individuelle personer med forskjellige evner og egenskaper. Alle tilhører flere grupper i samfunnet, enten vi er barn, ungdom, eldre, kvinner, menn også videre. Det er når vi karakteriserer disse gruppene vi utsetter

⁸⁰ Nelson (2009) s 2 “The Study of stereotyping, Predjudice, and Discrimination Within Sosial Psychology”.

⁸¹ Nelson (2009) s 2.

⁸² Cook og Cusack (2009).

⁸³ Cook og Cusack (2009) side 1.

⁸⁴ Nelson (2009) s 2.

⁸⁵ Ibid.

individene i gruppen for stereotype holdninger. Eldre er på den ene side oppfattet som konservative og avhengige av andre, lite kreative og med dårlige evner til å oppta ny kunnskap. På den annen side oppfattes eldre som kloke og omsorgsfulle. Begge disse sidene, både de negative og de positive karakteristikene, er stereotypier av eldre. Det er uheldig fordi det er karakteristikk som betrakter eldre mennesker som en homogen gruppe. – For det eneste man med sikkerhet kan si at eldre har til felles, er *alderen*. Øvrige egenskaper er like individuelle som for mennesker i andre aldersgrupper.⁸⁶ Tradisjonelt sett har høy alder vært assosiert med sykdom, avhengighet og pensjonstilværelse⁸⁷. Eldre blir ikke betraktet som individer med forskjellige egenskaper, evner og utgangspunkt. De blir derimot betraktet som én gruppe mennesker med lik skjebne og like forutsetninger.

3.3 Aldersisme

Et av de første problemene som reiste seg da jeg begynte å fokusere på stereotypisering av eldre, var at det ikke finnes noe godt norsk ord som forklarer den sosiale, negative, stereotype holdning, som eksisterer overfor nettopp eldre. På engelsk heter det *ageism*. Ageism er definert som fordommer mot noen basert på hennes eller hans alder.⁸⁸ For andre diskrimineringsgrunner har vi i norsk språk, ord som for eksempel rasisme og sexisme. I mangel på et egnet og akseptert norsk uttrykk for ageism, har jeg valgt å innføre ordet aldersisme, og jeg vil i det følgende omtale ageism for aldersisme. Mangelen på et norsk ord vedrørende aldersdiskriminering, bidrar i seg selv til å illustrere hvor lite fokus det har vært på dette temaet i Norge.

Stereotypier er viktige for å forstå sosial atferd, og det har i sosialpsykologien alltid vært stort fokus på stereotypier, men sammenlignet med stereotypisering basert på kjønn og etnisitet vet vi fortsatt lite om hvordan mennesker responderer på andre individer basert på

⁸⁶ Toward s european society of all ages (2006) Rapport AGE.

⁸⁷ Macnicol (2006).

⁸⁸ Nelson (2009) s 432.

alder.⁸⁹ I denne forbindelse er det aktuelt å stille spørsmålet om hvorfor det er forsket så lite på nettopp stereotypisering av eldre.

Det kan være flere årsaker til dette, men i følge Todd D. Nelson⁹⁰ er en av årsakene til dette at vår kultur har *institusjonalisert* aldersisme. Som eksempel peker Nelson på fødselsdagskort. Gå inn i en bokhandel og se på noen av de ferdiglagede kortene i stativene. Hvem har ikke sett de uttallige versjonene av ”det er leit å høre at du blir et år eldre”-budskapet som finnes der? I følge Nelson blir fødselsdager, fra en viss alder, sett på som forfall. Det fører til at vi går enda et skritt nærmere en gruppe som ikke blir respektert og verdsatt i samfunnet,- de eldre. Å bli eldre er med andre ord noe vi i den vestlige verden forbinder med noe negativt. Hvorfor settes dette budskapet på fødselsdagskort? En kan jo forsøke å gjøre det samme med andre stigmatiserte grupper; ”Det er leit å høre at du er overvektig!” Eller ”Dumt at du er handikappet!” Det sier seg selv, det er helt uakseptabelt.

En annen årsak til at det i mindre grad er forsket på aldersdiskriminering sammenlignet med mange andre diskrimineringsgrunner, kan være at diskriminering mot eldre kanskje ikke skaper de sterke følelsene som vi finner ved annen form for diskriminering, for eksempel ved kjønns- eller etnisitetsdiskriminering. Og kanskje er det mangelen på disse følelsene for alderdiskriminering som bidrar til at vi må tillate en mer funksjonell tilnærming til temaet.⁹¹

En tredje årsak kan være at vi ikke identifiserer aldersisme. Aldersisme kan allerede være for institusjonalisert, og selve ofrene for stereotypisering, de eldre, etterlever i stor grad de stereotype holdningene som om de var sanne. Dette fører til at det ikke er noe galt i å bli aldersstereotypisert. Tove Stang Dahl beskriver dette som kulturell hegemoni.

⁸⁹ Nelson (2009) side 432.

⁹⁰ Nelson (2009) side 431.

⁹¹ Sergeant (2006) side 22 .

”Et kulturelt hegemoni innebærer at en herskende gruppes særlige måte å se de sosiale realiteter på, blir akseptert som alminnelig og dom en del av den naturlige orden, også av dem som faktisk er underordnet det. På dette vis kan retten bidra til å opprettholde den herskende gruppes posisjon.”⁹²

I forlengelsen av dette kan en stille spørsmålet om aldersisme virkelig eksisterer, dersom det ikke er noen som protesterer mot å bli stereotypisert.⁹³ Det er selvfølgelig ikke slik at eldre ønsker å bli betraktet som en homogen gruppe med til dels svake personlige karakteristikk, men ved å beskrive det på denne måten er det mulig å synliggjøre hvorfor det ikke har vært fokusert på aldersisme som et problem. – Det har ikke vært identifisert. En undersøkelse foretatt av The Employers Forum on Age i USA illustrerer dette. 36 prosent av undersøkelsens deltakere, gamle som unge, mente at arbeidstakere skal behandles forskjellig, avhengig av alder.⁹⁴

I følge en undersøkelse som er foretatt i New Zealand ble en gruppe mennesker bedt om å ta stilling til karakteristikk av eldre som sanne eller usanne. Konklusjonene var at de eldre ble karakterisert som tillitsfulle, lojale, pliktoppfyllende, samt at det er mindre sannsynlighet for at de forlater arbeidsplassen sammenlignet med yngre arbeidstakere. På den andre siden ble eldre arbeidstakere karakterisert som at de har større problemer med spontane endringer i arbeidshverdagen og større problemer med teknologi. De ble også sett på som mindre fleksible og mindre villige til å lære seg noe nytt enn sine yngre kolleger. Det interessante med denne undersøkelsen er imidlertid ikke hvorvidt disse karakteristikkene om eldre arbeidstakere er sanne eller usanne, men derimot hvorvidt karakteristikkene blir sett på som å gjelde alle eller de fleste arbeidstakere i en særskilt aldersgruppe. Rent logisk er det nærliggende å tenke at slike generaliseringer ikke er sanne.⁹⁵

⁹² Stang Dahl (1985) Kvinnerett I side 17.

⁹³ Nelson (2009) side 432.

⁹⁴ Sargeant (2008) s 2.

⁹⁵ Sargeant (2006) s 8.

Jeg lar flere av spørsmålene vedrørende stereotypisering bli stående. Jeg har nevnt stereotypisering og problematisert dette noe, for å illustrere kompleksiteten i alder som diskrimineringsgrunn.

Basert på inntrykk jeg sitter igjen med etter å ha diskutert temaet, samt undersøkelser som er foretatt av andre, tør jeg påstå at forskjellsbehandling på grunn av alder krever en langsiktig prosess for å bli bekjempet. Dette støttes av William Graebner som kritisk har uttrykt om aldersdiskriminering:

“According to the liberal view, any form of age discrimination is bad, its elimination is good, and the journey from one to the other is only a matter of time and knowledge.”⁹⁶

Aldring er et privilegium. Alternativet er fatalt. Vi eldes hver dag hele livet, og prosessen er totalt irreversibel. Likevel vil jeg hevde at individet oppfattes som mest vellykket og som en ressurs arbeidslivet når vi er 25-40 år. Aller helst vil vi se unge ut, oppfattes som ungdommelige, men likevel ha erfaring som tilsvarer høy levealder. Med andre ord,- en umulig kombinasjon. Vi bør endre grunnverdiene vi har knyttet til eldre for å tilpasse regelverket i tråd med et samfunnsmessig behov, både med hensyn til respekt for individet og det økonomiske-, demografiske perspektiv.

⁹⁶ Graebner (1980) side 247.

4 Hovedregel om forbud mot aldersdiskriminering i EU/EØS og Norge

4.1 Innledning

For å fremstille reglene om forbud mot aldersdiskriminering på arbeidsrettens område vil jeg ta utgangspunkt i norsk og internasjonal rett, herunder arbeidsmiljøloven og EU-direktiv 2000/78/EF.

Regler om forbud mot aldersdiskriminering kom inn i norsk lov i 2004 som følge av implementering av EUs rammedirektiv 2000/78 om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidslivet. Direktivet er en del av EUs ikke-diskrimineringspakke⁹⁷ og er hjemlet i EF traktaten artikkel 13 (nå artikkel 19 i Lisboa-traktaten), som ikke har noen parallell bestemmelse i EØS-avtalen. Norge var således ikke forpliktet til å inkorporere bestemmelsene, men Stortinget vedtok på tross av dette å implementere direktivet i norsk lovgivning basert på et uttrykt ønske om å være minst på høyde med EU vedrørende vern mot diskriminering i arbeidslivet, herunder også diskriminering på grunn av alder. Hvorvidt Norge er forpliktet til å følge EU-direktivet tar behandles i punkt 4.3. De norske bestemmelsene er utformet noe annerledes enn direktivets bestemmelser. For å unngå dobbeltbehandling av mer eller mindre like regler har jeg valgt å behandle reglene vedrørende forbud mot aldersdiskriminering i direktivet og i norsk lov under ett. Før jeg går inn i dagens regler, vil jeg presentere aldersdiskrimineringsforbudets bakgrunn og utvikling i Norsk rett.

4.2 Aldersdiskrimineringsforbudets bakgrunn og utvikling i Norge

Vern mot diskriminering på grunn av alder ble inntatt i arbeidsmiljøloven av 1977 i kapittel XA og XB. I dag er reglene videreført i kapittel 13 i arbeidsmiljøloven av 17.juni 2005.

⁹⁷ Foruten rammedirektivet inneholder pakken Rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet.

Før implementeringen i 2004 ble forbud mot diskriminering regulert i arbeidsmiljøloven av 1977 § 55A. Regelen regulerte diskriminering på grunn av politiske, kulturelle og religiøse forhold, samt arbeidstakere som var medlemmer av lønnstakerorganisasjoner og homofile arbeidstakere. Loven inneholdt også forbud mot å forskjellsbehandle søkere på grunn av rase, hudfarge, nasjonalitet eller etnisk opprinnelse.⁹⁸ Det var kun forhold under ansettelse og forhold som har å gjøre med utlysning av stillinger som var omfattet av vernet, og alder som diskrimineringsgrunn var ikke inntatt i bestemmelsen. Videre regulerte bestemmelsen kun forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, ikke selvstendig næringsdrivende og innleie av arbeidskraft, som dagens arbeidsmiljølov omfatter, jf arbeidsmiljøloven § 13-2. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at det ble vurdert, men det ble ikke fremmet forslag om alder som diskrimineringsgrunn.⁹⁹ Dette er omlag ti år siden og etter min oppfatning understreker det hvor nytt det er å tenke på alder som diskrimineringsgrunn.

Arbeidsmiljøloven av 1977 § 12 regulerte forbud mot trakassering. Arbeidet skulle legges opp slik at arbeidstakerne ikke ble utsatt for uheldige fysiske eller psykiske belastninger, at arbeidstakerne ikke ble utsatt for trakassering eller annen utilbørlig opptreden, og at forholdene måtte legges til rette for at arbeidstakerne skulle gis rimelig mulighet for faglig og personlig utvikling gjennom sitt arbeid. Et slik forbud mot mobbing og trakassering måtte også anses å gjelde på grunn av en persons alder,¹⁰⁰ og en kan således si at det forelå et visst vern mot diskriminering også før EU-direktiv 2000/78 ble vedtatt.

Videre inneholdt den gamle arbeidsmiljøloven § 60 et generelt krav om saklighet i forbindelse med oppsigelser. Oppsigelser begrunnet i arbeidstakers forhold kunne da som nå, bare foretas dersom arbeidstakers arbeidsytelse er markert under det normale, eller ved klare forsømmelser eller illojale handlinger. Med andre ord kunne ikke arbeidstaker sies opp på grunn av alder. Det ville vært en usaklig og dermed ulovlig oppsigelse. Oppsigelser som var begrunnet i bedriftens forhold, for eksempel rasjoneringshensyn, stilte saken seg

⁹⁸ Arbeidsmiljølov av 4. februar 1977 nr 4. § 55 a første og annet ledd.

⁹⁹ Ot.prp nr 67 (1996-98) side 47.

¹⁰⁰ NOU 2003:2 s 59.

annerledes. Ved slike oppsigelser måtte det foretas et saklig valg av hvilke arbeidstakere som skal sies opp, og det kunne også i den gamle loven være saklig å legge vekt på alder ved denne utvelgelsen. Rettspraksis viser at alder i lang tid har hatt betydning for saklighetskriteriet i forbindelse med oppsigelser. I en dom allerede fra 1966 kan det vises til at det ble lagt vekt på at alder og kompetanse i forbindelse med utvelgelsen ved oppsigelser.¹⁰¹ Saken gjaldt oppsigelse av en 48 år gammel regnskapssjef. Han ble oppsagt i forbindelse med bedriftssammenslutning og rasjonalisering av bedriften, men fikk tilkjent 25 000 kroner i erstatning som følge av at bedriften ikke hadde foretatt seg tilstrekkelig for å unngå oppsigelsen. I dommen ble det vist til lovens forarbeider som uttrykte at:

”departementet antar for øvrig at det i praksis blir vist en viss toleranse overfor eldre, veltjente arbeidere. Det er også forskjell i dyktighet og yteevne når det gjelder yngre arbeidstakere. Det ville være urimelig å ikke vise like stor toleranse overfor de eldre. Departementet antar for så vidt at dette er et moment som kan komme med i vurderingen av om en oppsigelse er saklig begrunnet eller ikke.”¹⁰²

Den foregående oppregning illustrerer at alder i lang tid har vært et viktig moment som skal tas hensyn til, i alle fall ved oppsigelser. Usaklig forskjellsbehandling på grunn av alder hadde et visst vern som følge av en generell saklighetsnorm også før aldersdiskrimineringsgrunnlaget i 2004 ble vedtatt som følge av EU-direktiv 2000/78/EF.

4.3 EU-direktivet og EU-domstolens praksis som rettskilde i Norge

Som skrevet innledningsvis er ikke Norge rettslig forpliktet av EU-direktivet. Det ble ikke oppnådd enighet innad i EØS-statene om innlemmelse av direktivet i EØS avtalen, men Norge valgte likevel å implementere direktivet med ønske om å være på høyde med EU når det gjelder vern mot diskriminering. Spørsmålet blir således hvordan Norge skal stille seg til direktivet og praksis knyttet til det som rettslig kilde. Med andre ord, hvilken betydning

¹⁰¹ Rt. 1966 side 393.

¹⁰² Ot.prp.nr. 8 1956 side 53.

EU-domstolens tolkning skal tillegges for forståelsen av de norske bestemmelser vedrørende aldersdiskriminering, jf arbeidsmiljøloven kapittel 13.

Når direktivet ikke inngår som en del av EØS-avtalen, må det stilles spørsmål om EØS lovens forrangsbestemmelse § 2 kommer til anvendelse i forhold til arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud. EØS loven § 2 lyder slik:

”Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.”

Bestemmelsen innebærer at lovbestemmelser som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen har forrang ved eventuell motstrid med norske lovregler. Hvordan stiller dette seg for EU-direktiver som ikke inngår i EØS avtalen og således ikke juridisk sett rammes av motstridsregelen i § 2?

I forarbeidene til diskrimineringsbestemmelsene er det vist til at det ut fra en hensiktsmessighetsvurdering ble gått inn for at ikke-diskrimineringsreglene bør innlemmes i EØS-avtalen. Siden EFTA-landene ikke kom frem til enighet vedrørende dette, ble det lagt opp til at norsk lov likevel skulle endres i tråd med direktivet. Hadde det vært opp til Norge ville direktivet vært innlemmet i EØS-avtalen og Norge hadde således vært forpliktet til EU-domstolens fortolkning av direktivet. Dette er formulert på følgende måte:

”fra norsk side (er det) basert på en hensiktsmessighetsvurdering, har gått inn for at hele ikke-diskrimineringspakken bør innlemmes i EØS avtalen. Siden EFTA-landene likevel ikke kom frem til noen felles posisjon, ble det lagt opp til at norsk lovgivning skulle endres i tråd med direktivet.”¹⁰³

Norge er således kun politisk forpliktet, ikke juridisk forpliktet til direktivet og EØS- loven § 2 kommer trolig ikke til anvendelse.

¹⁰³ Ot.prp nr.104 (2002-2003) s 14.

I forarbeidene har departementet uttalt at diskrimineringsforbudet ikke skal rukke ved dagens rettstilstand og således ikke innebære et forbud mot å innføre eller opprettholde bestemmelser og avtaleklausuler som fastsetter en bestemt avgangsalder.¹⁰⁴ Dette skulle gjelde inntil forholdet til direktivet ble konsekvensvurdert. Senere har departementet imidlertid uttalt at dersom det oppstår tvist om bestemmelser i lovgivningen må saken prøves rettslig.¹⁰⁵ Graver-utvalget uttalte i NOU 2009:14 i forbindelse med utformingen av unntaksregelen fra aldersdiskrimineringsforbudet, at Norge ikke er rettslig bundet til direktivet og at dette innebærer at

”vi kan velge å stille oss noe friere ved gjennomføringen av forbudet mot aldersdiskriminering på arbeidslivets område.”¹⁰⁶

Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet vedrørende direktivet som rettskilde i Norsk rett i Kyst Link-saken¹⁰⁷. Det ble imidlertid ikke oppnådd enighet vedrørende spørsmålet. Mindretallet finner ikke at det foreligger tilstrekkelige holdepunkter for at lovgiver har forutsatt at direktivet skal supplere bestemmelsen om aldersgrensen i § 19 nr 1 sjette ledd i sjømannsloven og konkluderer med at saken må avgjøres ved anvendelsen av denne bestemmelsen, altså uten direktivet. Flertallet viser til forarbeidene og uttaler at lovgiver forutsetter at domstolene skal avklare forholdet mellom lovbestemmelser om aldersgrenser og lovens regel om unntak fra aldersdiskriminering dersom det oppstår tvist om spørsmålet – det vil si om aldersgrensens formål kan forsvares med unntaksbestemmelsens kriterier.¹⁰⁸ Høyesterett uttaler deretter at

”Det er vanskelig å forstå denne uttalelsen annerledes enn at domstolene da forutsettes å skulle henholde seg til direktivet når det skal fastlegges hvilke krav unntaksbestemmelsen stiller for at en aldersgrense skal kunne opprettholdes.” Høyesteretts flertall konkluderer med at ”Domstolene må

¹⁰⁴ Ot.prp 104 (2002-2003) s 30.

¹⁰⁵ Ot.prp 104 (2002-2003) s 30.

¹⁰⁶ NOU 2009:14 s 198.

¹⁰⁷ Rt.2010 side 202.

¹⁰⁸ Dommens premiss 55.

som utgangspunkt vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen.”¹⁰⁹

Også juridisk teori støtter synspunktet om direktivets anvendelse i norsk. Jakhelln har omtalt spørsmålet og uttrykker at norske regler, så vidt som mulig, må forstås å være i samsvar med den forståelse som følger av rammedirektivets regler. Dette følger av det harmoniseringsstandpunkt som er tatt i lovgivningssammenheng i tilknytning til ikke-diskrimineringsreglene. Videre står det

”I tråd med dette harmoniseringsstandpunkt synes også rettsutviklingen i EU, herunder praksis fra EF-domstolen å måtte tillegges vekt i norsk rett når det gjelder forståelsen av rammedirektivet.”¹¹⁰

Etter min oppfatning vil det også være naturlig å søke svar i EU-domstolens tolkning av rammedirektivet. Når det ikke finnes norske rettsavgjørelser vedrørende tolkning av vilkårene i unntaksbestemmelsen er det naturlig å gå til annen relevant praksis. I rammedirektivets tilfelle er det EU-domstolens praksis som er mest nærliggende å søke svar i. Det må også legges vekt på at implementering av ikke-diskrimineringsreglene i arbeidsmiljøloven ble foretatt på bakgrunn av at Norge ønsket et vern på diskrimineringsrettens område, som skulle være på høyde med EU statenes diskrimineringsvern. Dersom Norge likevel ikke skal tolke reglene i lys av EU-domstolens anvendelse og således få til et *svakere* vern enn det som gjelder etter EU-retten, vil dette kunne hevdes å gå ut over lovverkets forutberegnelighet. På et område som diskrimineringsretten, der individets grunnleggende rettigheter står i sentrum, vil kanskje en slik unnlattelse om å gå til EU-domstolens tolkning av vilkår, være spesielt uheldig.

På bakgrunn av de nevnte momenter er det mye som peker i retning av at EU direktivet og EU-domstolens tolkning av direktivet, har anvendelse i norsk rett, på tross av at direktivet ikke er implementert i EØS-avtalen.

¹⁰⁹ Dommens premiss 55.

¹¹⁰ Hellum og Ketscher (2008) side 131-132.

4.4 Det rettslige utgangspunkt. Forbud mot diskriminering på grunn av alder

På grunn av at norske regler i arbeidsmiljøloven er inkorporert som følge av EU-direktiv 2000/78/EF tar jeg utgangspunkt i direktivet og sammenligner arbeidsmiljøloven i lys av dette.

Direktivets rettslige hjemmel er EU-avtalen artikkel 13 i Amsterdamtraktaten fra 1998. Nå er bestemmelsen imidlertid hjemlet som traktatens artikkel 19 i Lisboastraktaten, som ble inngått i 2009. Bestemmelsen sier:

”Without prejudice to the other provisions of this Treaty and within the limits of powers conferred by it upon the Community, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.”¹¹¹

Bestemmelsen begrenser seg ikke til arbeidslivet. Direktivet er likevel begrenset til å gjelde kun for arbeidslivets område. Dette står i motsetning til rase- og etnisitetsdirektivet 2000/43/EF, som også gjelder utenfor arbeidslivets område. Noen hevder at dette er et av mange tegn på at det forekommer hierarki av diskrimineringsgrunner.¹¹²

Direktivet kan sies å være bygget på to hovedhensyn. Dette fremgår også av forordalen. Forordalens punkter 1-6, omhandler menneskerettslige hensyn om like rettigheter, mens fra punkt 7 og utover ivaretar mer funksjonelle og økonomiske hensyn. Dette kommer særlig til syne i punkt 11, som uttrykker at forskjellsbehandling på grunn av direktivets beskyttede grunnlag kan hindre oppfyllelsen av EF-traktaten.

¹¹¹ Dette er ordlyden i Amsterdamtraktaten artikkel 13. Ordlyden i Lisboastraktaten artikkel 19 er gjort noe mer presis og lyder slik: (Dansk oversettelse) ”Med forbehold af **traktaternes** øvrige bestemmelser og inden for rammerne af de beføjelser, som **traktaterne** tilægger **Unionen**, kan Rådet, **der træffer afgørelse efter en særlig lovgivningsprocedure**, med enstemmighed og **med Europa-Parlamentets godkendelse** træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuell orientering.” Ord med fet skrift er endringer som er foretatt fra Amsterdamtraktaten.

¹¹² Sargeant (2006) side 53.

”...særlig opnåelsen av et højt beskæftigelsesniveau og et højt socialt beskyttelsesniveau, høynelse af levestandarden og livskvaliteten, økonomisk og social samhörighed og solidaritet samt fri bevægelighed for personer.”

Formålet med direktivet 2000/78/EF er å gjennomføre prinsippet om likebehandling i arbeidslivet. Det er fastslått i artikkel 1, som har følgende ordlyd:

”... med henblikk på å gjennomføre princippet om likebehandling i medlemsstatene, at fastlegge en generell ramme for bekæmpelsen av forskjellsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grunn av religion eller tro, handicap, alder eller seksuell orientering.”

Artikkel 2 fastslår at prinsippet om likebehandling i dette direktivet betyr at ingen skal bli utsatt for noen form for diskriminering, herunder direkte og indirekte diskriminering på noen av de anførte grunnene i artikkel 1. Artikkel 2 har følgende ordlyd:

1. ”I dette direktiv betyder princippet om forskjellsbehandling, at ingen må udsettes for nogen form for direkte eller indirekte forskjellsbehandling av nogen af de i artikkel 1 anførte grunde.”

Det fremheves i direktivets forale artikkel 5, at det er viktig å respektere grunnleggende menneskerettigheter og frihetsrettigheter. Fortalens artikkel 6 fremhever nødvendigheten av å bekjempe alle former for forskjellsbehandling og sikre sosial og økonomisk integrering av eldre.

I arbeidsmiljøloven er forbud mot aldersdiskriminering hjemlet i § 13-1 første ledd.

(1) ”Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder er forbudt”.

Som det fremgår av ordlyden i både direktivet og arbeidsmiljøloven, er både direkte og indirekte diskriminering forbudt.¹¹³ Forbudet fremgår av en uttømmende liste av diskrimineringsgrunnlag, og alle har som utgangspunkt det samme vern.¹¹⁴

Den naturlige språklige forståelsen av ”alder” tilsier at forbudet gjelder aldersdiskriminering for alle aldersgrupper. Enhver er omfattet av vernet, gammel som ung. Dette fremgår også av forarbeidene.¹¹⁵ Det kan være mer dekkende å ta utgangspunkt i at *enhver* alder omfattes av vernet.¹¹⁶ For eksempel er stillingsannonser der det søkes etter personer i et bestemt aldersspenn, uansett hvilken alder, ansett diskriminerende.¹¹⁷

Det fremgår av direktivet artikkel 3 og arbeidsmiljøloven § 13-2 at forbudet får anvendelse på alle områder i et arbeidsforhold, fra begynnelse til slutt. Forbudet gjelder også for valg av samarbeidspartnere som er selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere. Det foreligger således som utgangspunkt og hovedregel et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder på arbeidsrettens område, i alle situasjoner i et arbeidsforhold, både etter EU-retten og norsk rett.

Aldersdiskrimineringsvernet må også sees i sammenheng med arbeidsmiljølovens formål § 1-1. Lovens formål er blant annet

- b) ”å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet”
- c) ”å legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon”

Formålet belyser at arbeidstakere skal være sikre på at lovverket verner mot usaklighet fra arbeidsgiversiden i alle sider av arbeidsforholdet. Videre skal arbeidsmiljøet legges til rette

¹¹³ For definisjon av direkte og indirekte diskriminering, se punkt 1.3.1.

¹¹⁴ Arbeidsrett.no. Noter til § 13-1 punkt 4.

¹¹⁵ Ot.prp nr. 49 (2004-2005) punkt 15.2.2.

¹¹⁶ Hellum og Ketscher (2008) side 143.

¹¹⁷ Hellum og Ketscher (2008) side 143.

for tilpasninger knyttet til arbeidstakers livssituasjon slik at flest mulig skal kunne delta i kraft av sine forutsetninger.

4.4.1 Vilkår for at det foreligger aldersdiskriminering i rettslig forstand

For at det skal foreligge aldersdiskriminering i rettslig forstand stilles det visse krav i direktivets artikkel 2 og i arbeidsmiljøloven §13-2 for at forskjellsbehandlingen er ulovlig. I det følgende vil jeg gjennomgå vilkårene og belyse de med praktiske saker fra håndhevingsorganene.

4.4.1.1 "Behandles dårligere enn"

En arbeidstaker eller arbeidssøker som hevder å være utsatt for aldersdiskriminering må vise til at vedkommende "behandles dårligere enn" andre arbeidstakere eller arbeidssøkere som er i samme situasjon. Begrepet skal imidlertid ikke tolkes snevert, da det ikke skal stilles krav om at arbeidstaker stilles kvalifisert dårligere enn sammenligningspersonen. Det er tilstrekkelig å behandles dårligere.¹¹⁸ Unnlatelse faller også inn under begrepet. Dersom arbeidsgiver unnlater å innkalle en kvalifisert søker til intervju på grunn av alder vil dette anses å bli behandlet dårligere enn, ved å ikke få fordelen av å stille til intervju.

Direktivet stiller ikke krav til at en faktisk sammenligningsperson. Uttrykket "bliver, blevet eller ville blevet behandlet" i artikkel 2a, understreker at det tilstrekkelig å anvende en hypotetisk sammenligningsperson.

4.4.1.2 "Tilsvarende situasjon"

Kravet "tilsvarende situasjon" betyr at en påstand om diskriminering må sammenlignes med en relativt likeartet situasjon. Det må føres bevis for at vedkommende er behandlet dårligere enn andre ville blitt i en tilsvarende situasjon. Den arbeidssøkende som har dårligere kvalifikasjoner enn de øvrige søkerne, vil ikke befinne seg i en tilsvarende situasjon, og det foreligger derfor ikke diskriminering.

¹¹⁸ NOU 2003:2 punkt 11.4.2.

4.4.1.3 Krav til årsakssammenheng

For å fastslå at det foreligger brudd på diskrimineringsforbudet kreves det at den dårlige behandlingen er forårsaket av den ansattes alder. Det må altså skilles mellom at en arbeidstaker føler seg urettferdig behandlet og at vedkommende rettslig sett er utsatt for diskriminering. Med andre ord må det foreligge årsakssammenheng mellom den ansattes alder og den dårlige behandlingen. Dersom en arbeidstaker blir dårlig behandlet fordi vedkommende ikke gjør et tilfredsstillende arbeid, foreligger det ikke årsakssammenheng mellom arbeidstakerens alder og den dårlige behandlingen vedkommende blir utsatt for. Derfor foreligger det heller ikke brudd på diskrimineringsforbudet.

Dette er belyst i en sak om påstått diskriminering på grunn av politisk syn¹¹⁹. Arbeidstaker gikk her til sak på grunn av at hun ble oppsagt, og hun mente oppsigelsen var begrunnet i hennes politiske syn. Oppsigelsen ble godtatt som saklig etter arbeidsmiljøloven av 1977 §§ 60 og 55A. Retten utalte at oppsigelsen

”i alt vesentlig hadde sin årsak i hun – på tross av advarende og inntrengende henstillinger om å la være, uanfektet holdt fram med å utsette sine arbeidskamerater for plagsomt pågående politiserende agitasjon og kritikk av forholdene på bedriften, med en tiltagende uro og disharmonisk samarbeidsatmosfære som resultat.”

-Dette viser at begrunnelsen for oppsigelsen var arbeidstakerens plagsomme atferd overfor kollegaene, og det forelå således ikke årsakssammenheng mellom oppsigelsen og arbeidstakerens politiske syn.¹²⁰

For å illustrere dette ytterligere kan det nevnes at jeg som saksbehandler hos Juridisk rådgivning for kvinner, JURK, hadde en lignende sak der klienten mente å være utsatt for diskriminering på grunn av blant annet alder. Klienten ønsket å bringe saken inn til Diskriminerings- og likestillingsombudet, men fikk ikke medhold i at det forelå

¹¹⁹ ARD 1978-65.

¹²⁰ Arbeidsrett.no § 13-1 note 4.

diskriminering etter loven fordi arbeidsgiver kunne bevise at forskjellsbehandlingen hun var utsatt for ikke hadde sammenheng med klientens alder.

4.4.1.4 Bevisbyrde

Det stilles også krav med hensyn til bevisbyrde. Arbeidstaker eller arbeidssøker må etablere en presumpsjon for at det foreligger diskriminering som er i strid med bestemmelsene. Bevisbyrderegler angir hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at et faktum skal kunne legges til grunn av et håndhevingsorgan.¹²¹ Hovedregelen for bevisbyrde i sivile saker er at byrden ligger hos saksøker. Regelen om bevisbyrde i diskrimineringssaker, er imidlertid delt mellom klager og påklagede, dette er utviklet gjennom EU-domstolens praksis i saker om diskriminering på grunn av kjønn.¹²² Regelen er nå kodifisert i bevisbyrdedirektivet 97/80/EF og er nå videreført i øvrige diskrimineringsdirektiver. I direktivet er bevisbyrde hjemlet i artikkel 10, og er formulert som at dersom en arbeidstaker...

”...fremfører faktiske omstendigheter som gir anledning til å formode, at det er utøvet direkte eller indirekte diskriminering, påhviler det den innklagende å bevise at prinsippet om likebehandling ikke er tilsidesatt”.

Arbeidsmiljøloven § 13-8 om delt bevisbyrde har følgende ordlyd:

”Dersom arbeidstaker eller arbeidssøker legger frem opplysninger som gir ”grunn til å tro” at det har forekommet diskriminering som er i strid med dette kapittel, må arbeidsgiver bevise at det likevel ikke har funnet sted slik diskriminering eller gjengjeldelse.

Ordlyden tilsier at bevisbyrden er delt, men at det er innklagede som i realiteten må bevise at det ikke har forekommet diskriminering når arbeidstaker presumerer det har forekommet ulovlig forskjellsbehandling på grunn av alder. Regelen om delt bevisbyrde er ment å gjøre

¹²¹ Aune (2009) side 28.

¹²² Aune (2009) side 28.

det enklere for individer å gjøre retten til ikke-diskriminering gjeldende gjennom rettsapparatet.¹²³

Det kan stilles spørsmål om hvor stor grad av sannsynlighetsovervekt som må foreligge for at innklagede har bevist at det ikke har forekommet diskriminering. I følge forarbeidene må arbeidsgiver bevise at det er mer enn 50 prosent sannsynlighet for at arbeidstakeren ikke er diskriminert i strid med loven. Lovgiver uttaler også i forbindelse med bevisbyrde at

”...en regel om delt bevisbyrde anses som hensiktsmessig fordi det i saker om diskriminering ofte vil kunne fremstå som uklart hva som har vært avgjørende for den handlingen som er foretatt. Det vil således være vanskelig for saksøker (arbeidstaker) å oppfylle bevisbyrden alene, ettersom det er saksøkte (arbeidsgiver) som sitter inne med opplysningene og kunnskapen om hva som faktisk har skjedd og hva som har vært avgjørende.”¹²⁴

Begrunnelsen for en regel om delt bevisbyrde i diskrimineringssaker i arbeidslivet er hovedsakelig for å sikre en effektiv håndheving av forbudet mot direkte og indirekte diskriminering. Det er arbeidsgiver som besitter dokumentasjon for arbeidsforholdet og det er derfor den part som er nærmest å gjøre rede for beslutningene som er foretatt.¹²⁵

Sammenlignet med regler om *omvendt* bevisbyrde i oppsigelsessaker utenfor diskrimineringsrettens område, er reglene om delt bevisbyrde mindre radikalt.¹²⁶ I slike oppsigelsessaker er det arbeidsgiver som har den fulle bevisbyrden for at oppsigelsen eller avskjeden er rettmessig, jf arbeidsmiljøloven § 15-14.

¹²³ Hellum og Ketscher (2008) side 26.

¹²⁴ Ot.prp. 49 (2004-2005) s 201.

¹²⁵ Aune (2009) side 28.

¹²⁶ Aune (2009) side 28.

5 Unntak fra forbudet mot diskriminering. Når kan forskjellsbehandling på grunn av alder likevel kan være lovlig?

5.1 Innledning

Utgangspunktet er som beskrevet i forrige kapittel, at det er forbudt å diskriminere på grunn av alder. Formålet med et slik forbud er å sikre likebehandling ved å forby diskriminering for å hindre vektlegging av usaklige hensyn, noe alder ofte vil være.¹²⁷

Det er imidlertid åpnet opp for at det i enkelte tilfeller skal være lov å forskjellsbehandle individer på grunn av deres alder. Meningen med å ha et unntak fra forbudet er at det skal være mulig å gjøre forskjell på arbeidstakere dersom forskjellsbehandlingen er formålstjenelig og effektiv.¹²⁸ Det vil for alle diskrimineringsgrunnlag finnes tilfeller som gjør det nødvendig å forskjellsbehandle. Skoleeksempelet er forskjellsbehandling på grunn av kjønn på bakgrunn av kjønnes forskjellige fysiologiske egenskaper. Kvinner oppnår for eksempel fordeler i forbindelse med fødsel og permisjon knyttet til, slik fordeler faller utenfor diskrimineringsfeltet.¹²⁹ I noen tilfeller kan i tillegg såkalte ekte kvalifikasjoner falle utenfor diskrimineringsfeltet. Det betyr at det arbeidet sin skal ytes er direkte forbundet med en bestemt egenskap, som for eksempel å søke etter en kvinne til kvinnelige teater-eller filmroller.¹³⁰ For alder kan slike ekte kvalifikasjoner trolig være at fysiske og rent kroppslige egenskaper kan svekkes med alderen. Med det mener jeg ikke at alle eldre får svekket helse ved samme alder, men at det kan konstateres en signifikant svekkelse av fysiske prestasjoner ettersom mennesket blir eldre.¹³¹ På bakgrunn av dette kan det derfor også på grunn av alder være aktuelt å stadfeste at det foreligger behov for å forskjellsbehandle individer på fordi kroppen eldes og mestrer mindre, rent fysisk sammenlignet med en ung kropp. Forskjellsbehandling på grunn av alder kan også rettfærdiggjøres ved andre tilfeller.

¹²⁷ Hellum og Ketscher (2008) side 123.

¹²⁸ NOU 2004:5 side 285.

¹²⁹ Hellum og Ketscher (2008) side 45.

¹³⁰ Hellum og Ketscher (2008) side 45.

¹³¹ Solem (2007) side 3.

For å rettferdiggjøre diskriminering, er det nødvendig å vurdere handlingen, eller middelet, i lys av unntaket for diskriminering. Lover på diskrimineringsfeltet innehar sammen med forbudet, ofte et unntak for når diskriminering likevel kan være tillatt. For alder er dette unntaket lovfestet i direktivet artikkel 6 første ledd og i arbeidsmiljøloven § 13-3.¹³² Når det konstateres at det foreligger ulovlig diskriminering på grunn av alder i arbeidslivet, innebærer det at vilkårene i unntaket ikke er oppfylt og at diskrimineringen således ikke kan rettferdiggjøres. Dette gjelder for alle lover og konvensjoner som forbyr diskriminering. Et slik unntak og begrensning i ikke-diskrimineringsprinsippets rekkevidde må innfortolkes selv om det ikke står i konvensjonsteksten.¹³³

I det følgende skal jeg presentere unntaket for aldersdiskriminering slik det følger av direktivet artikkel 6 første ledd og arbeidsmiljøloven § 13-3, og tolke vilkårene i lys av norsk og EU-relevant rettspraksis på aldersdiskrimineringsrettens område.

5.2 Unntaket i Direktivet 2000/78/EF og arbeidsmiljøloven

Direktivet beskytter mot diskriminering kun til et visst nivå, noe som særlig gjør seg gjeldende for alder. Dette kommer spesielt til syne i unntaket. Direktivet regulerer unntaket i artikkel 6 første ledd. Bestemmelsen lyder slik (dansk oversettelse):

”Uanset artikel 2 stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund av alder ikke utgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål inden for rammerne av den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbeidsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.”

Bestemmelsen innebærer at direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av alder (og bare alder) kan være lovlig, dersom forskjellsbehandlingen er ment for å nå et legitimt

¹³² Det følger også av praksis fra EMD at det sondres mellom forbudt diskriminering og tillatt saklig forskjellsbehandling etter EMK art 14, men unntaket er ikke traktatfestet og på grunn av konvensjonens aksessoriske karakter, gjelder det ikke på arbeidslivets område.

¹³³ Hellum og Ketscher (2008) side 45.

formål og er nødvendig og hensiktsmessig begrunnet, og som ikke er uforholdsmessig inngripende for den som forskjellsbehandles. Bestemmelsen fører til at unntaket for lovlig forskjellsbehandling er utvidet for alder sammenlignet med andre diskrimineringsgrunnlag som er vernet etter direktivet.

Direktivets fortale punkt 25, uttaler at forskjellsbehandling på grunn av alder kan være berettiget under visse omstendigheter og derfor kreves særlige bestemmelser, som kan variere etter situasjonen i medlemslandene. Direktivet åpner med dette opp for at medlemsstatene kan foreta en konkret saklighetsvurdering der det avgjørende er å skille mellom forskjellsbehandling som er berettiget på bakgrunn av legitime *beskæftigelses-, arbeidsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske formål*, og forskjellsbehandling som skal forbys. Opplistingen av aktuelle legitime formål som foretas både i artikkel 6 første ledd og i fortalen punkt 25, er imidlertid ikke ment å være uttømmende.¹³⁴

Artikkel 6 første ledd nevner også tilfeller som kan tjene som eksempler for når forskjellsbehandling, altså hvilke midler som kan tas i bruk for oppnå et legitimt formål, kan være tillatelig. Følgende former for forskjellsbehandling er nevnt i artikkel 6 første ledd (dansk oversettelse):

”Der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling:

- a) tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervsmæssige integration eller at beskytte dem
- b) fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervserfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse

¹³⁴ Sergeant (2008) og Ot.prp.49 (2004-2005) pnkt 15.2.2.

c) fastsettelse af en maksimal aldersgrænse for ansættelse, som er baseret på uddannelsesmæssige krav til den pågældende stilling eller nødvendigheden af at have tilbagelagt en rimelig periode i beskæftigelse før pensionering.”

Det må understrekes at direktivet ikke skal fortolkes slik at det kun er disse former for diskriminering som kan rettferdiggjøres. Det fremgår av uttrykket ”blant annet” at opplistingen ikke er uttømmende.

I direktivet er det er kun diskrimineringsgrunnlaget alder som har opplistet egne punkter som poengterer når diskriminering kan være lovlig. Det kan hevdes at dette skiller alder fra andre diskrimineringsgrunnlag, både i direktivet og ellers.¹³⁵

Den norske utformingen av unntaket i arbeidsmiljøloven er utformet noe annerledes. Lovgiver har blant annet valgt å ikke innta eksempler som kan tjene til veiledning for hvilke tilfeller som kan rettferdiggjøre diskriminering. Da diskrimineringsbestemmelsene ble implementert, så lovgiver det som både hensiktsmessig og nødvendig at avgrensingen av vernet mot aldersdiskriminering måtte skje ved domstolspraksis. Lovgiver oppsummerer imidlertid alternativene i artikkel 6 første ledd i forarbeidene slik:

”fastsettelse av særlige vilkår for adgang til arbeid og utdanning for unge, eldre og personer med forsørgerplikt med henblikk på integrering eller beskyttelse, fastsettelse av minimumsbetingelser vedrørende alder, arbeidserfaring, eller ansiennitet for adgang til ansettelse, som er basert på utdannelsesmessige krav.”¹³⁶

Lovgiver bemerket i forbindelse med dette at det er avgjørende å vurdere sakligheten konkret og skjønnsmessig i hvert enkelt tilfelle, og det kan derfor være misvisende å

¹³⁵ Sargeant (2006) side 71.

¹³⁶ Ot.prp nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.4.5.3.

oppstille kriterier direkte i loven.¹³⁷ Det antas imidlertid at punktene i direktivet kan tjene som eksempler for hvilke nasjonale målsettinger som kan gjøre særaldersgrenser lovlige. Unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 lyder slik:

(1) ”Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her.”

(2) ”Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder eller diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt.”

For aldersdiskriminering er det andre ledd som gjelder. Det gir en bredere adgang til forskjellsbehandling enn første ledd. Til forskjell fra første ledd, behøver ikke forskjellsbehandling på grunn av alder være nødvendig for *utøvelsen av arbeid og yrke* for å være lovlig. Når det stilles krav om utøvelse av arbeid og yrke menes at arbeidet ikke lar seg gjennomføre uten at noen utsettes for forskjellsbehandling. For diskrimineringsgrunnlaget alder, er det tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå et saklig formål som ikke er uforholdsmessig inngripende for den som forskjellsbehandles. Det betyr også at andre hensyn, som ikke har å gjøre med gjennomføringen av arbeidet å gjøre, kan gjøres gjeldende som nødvendige. Dette gjelder for all indirekte diskriminering, for diskriminering på grunn av deltidsansatte og diskriminering på grunn av alder, jf § 13-3 annet ledd. Arbeidsmiljøloven åpner således opp for en bredere adgang til rettferdiggjøring av diskriminering på grunn av alder, enn de andre diskrimineringsgrunnlag som omfattes av arbeidsmiljøloven, herunder medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, politisk syn og seksuell orientering. I juridisk teori det beskrevet slik:

¹³⁷ Ot.prp nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.4.5.3

”Både skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling, og hvilket diskrimineringsgrunnlag forskjellsbehandlingen gjelder, er avgjørende for hvor langt adgangen til saklig forskjellsbehandling går. For det første regnes det ikke som diskriminering dersom forskjellsbehandlingen har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, se første ledd. For det andre er forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke er uforholdsmessig inngripende, ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering. Dette innebærer at direkte former for forskjellsbehandling kan være lovlig også av andre grunner. Det er altså en videre adgang til indirekte forskjellsbehandling. Denne videre unntaksadgangen gjelder generelt ved vurderingen av forskjellsbehandling på grunn av alder og ved deltids- og midlertidig ansettelse.

Videre står det at:

”Konsekvensen er at det er en videre adgang til direkte forskjellsbehandling på grunn av alder enn på grunn av funksjonshemming.”¹³⁸

Det er imidlertid viktig å legge merke til at arbeidsmiljøloven ikke omfatter de samme diskrimineringsgrunnlagene som direktivet. Direktivet gjelder vern for diskrimineringsgrunnlagene seksuell orientering, handikap, religion og alder. Arbeidsmiljøloven gjelder diskrimineringsvern for politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering og alder. Nedsatt funksjonsevne er fra 2009 omfattet av egen lov, Diskriminering og tilgjengelighetsloven av 20. juni 2008, nr 42. Vern mot diskriminering på grunn av religion er omfattet av diskrimineringsloven av 2005.

Vilkårene om unntak for forskjellsbehandling i direktivet er de samme som EU-domstolen har anvendt i spørsmål vedrørende likestilling mellom kjønnene. Det fremheves i forarbeidene¹³⁹ at EU-domstolens tolkning av likebehandlingsdirektivene må ha betydning som rettskilde ved anvendelsen av artikkel 6 første ledd i rammedirektivet.¹⁴⁰

¹³⁸ Hellum og Ketcher (2009) side 131.

¹³⁹ Ot.prp. nr.104 punkt 8.4.5.3.

¹⁴⁰ Likebehandlingsdirektivene 76/207/EØF og 75/117/EØF.

5.3 Rettferdiggjørelse av aldersdiskriminering

Det første spørsmålet som må foretas i vurderingen om aldersdiskriminering kan rettferdiggjøres, er om tiltaket er og kan være begrunnet i legitime formål. Deretter må det tas stilling til hvorvidt tiltaket er nødvendig og hensiktsmessig for å oppnå det legitime formål. Tilslutt vurderes om tiltaket er proporsjonalt, altså om det står i forhold til målet som oppnås ved å forskjellsbehandle. Proporsjonalitetsvurderingen innebærer at det må foretas en konkret vurdering av hvordan forskjellsbehandlingen virker for den som forskjellsbehandles. Vurderingen er omfattende og sammensatt og er utviklet av EU-domstolen for å enklere avgjøre om forskjellsbehandling i det enkelte tilfellet lar seg rettferdiggjøre.¹⁴¹

Når det foreligger grunn til å tro at en arbeidstaker er diskriminert på grunn av alder, og arbeidstaker ikke har sannsynliggjort at det likevel ikke er tilfelle, er det nødvendig å gå gjennom de nevnte vilkår for å avgjøre hvorvidt forskjellsbehandlingen er ulovlig. I det følgende blir det foretatt en gjennomgang og redegjørelse av vilkårene og innholdet av disse, som tolkes i lys av Norsk og EU-relevant rettspraksis. Det blir også bemerket der det forekommer avvik mellom unntakene i arbeidsmiljøloven og direktivet.

5.3.1 "Objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål"

Vilkåret om at forskjellsbehandlingen må være **objektivt og rimelig** begrunnet, innebærer at subjektive, generelle oppfatninger ikke kan være avgjørende for om forskjellsbehandlingen kan rettferdiggjøres. Begrunnelser som bygger på at en person ikke er egnet til et bestemt arbeid som følge av alder er ikke uvanlig i praksis, men dette er

¹⁴¹ Aune (2009) side 44. Bakgrunnen til proporsjonalitetstesten skriver seg fra Bilka-saken sak C-170/84 der domstolen oppstilte et unntak fra forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn. Unntaket baserte seg på at indirekte forskjellsbehandling var lovlig dersom det forelå et reelt behov for å forskjellsbehandle og dersom forskjellsbehandlingen er egnet til å fremme formålet. I tillegg måtte forskjellsbehandlingen være nødvendig for å oppnå målet.

utvilsomt ikke en objektiv grunn. EU-domstolen har i en sak som gjaldt diskriminering på grunn av kjønn¹⁴² avvist en begrunnelse som bygget på at kvinners arbeidsprestasjon er dårlig fordi de er kvinner. Saken stilte spørsmål om hvilke kriterier som kan danne grunnlag for lønnstillegg og det ble slått fast at arbeidsgiver har rett til å gi sine ansatte ulikt tillegg, men at det skal skje etter faste og gjennomskuelige kriterier. Det skal også være begrunnet med det konkrete arbeid som utføres. Dommen presiserer også at det kan gis automatiske tillegg for ansiennitet, dersom dette skjer på samme måte for kvinner og menn. Dette har i stor grad overføringsverdi for aldersdiskriminering. Arbeidsmiljøloven stiller ikke krav til objektivitet og rimelighet, men dette må anses innfortolket i ordlyden.¹⁴³

I statoilsaken fra Stavanger tingrett i 2006¹⁴⁴, uttalte retten at de saklige hensyn først og fremst må knyttes opp til objektive kriterier, herunder arbeidets art og måten arbeidet skal utføres på. Hovedproblemstillingen i saken var om Statoil kunne håndheve en særaldersgrense på 67 år for sine landbaserte ansatte, med hjemmel i bedriftens praksis, og således kreve deres arbeidsforhold til opphør på dette grunnlag, på tross av aldersdiskrimineringsforbudet hadde kommet inn i norsk lov. I denne saken var det fra arbeidsgivers side kun anført helt generelle henvisninger til at alder kan begrense arbeidstakers fysiske og psykiske egnethet. Statoil begrunnet aldergrensen med et ønske om å bevare muligheten til å avslutte arbeidsforholdet med verdighet for den enkelte arbeidstaker, uten å måtte gå veien om en individuell vurdering og oppsigelse på grunn av uegnethet som følge av høy alder. Det var ikke tilkjennegitt noen objektiv grunn, utover alderen, for at arbeidstakere over 67 år ikke kunne utføre landbasert arbeid. Det var verken anført konkrete forhold i arbeidets art, eller operasjonelle hensyn som kunne begrunne bruddet på likebehandling på grunn av alder for den landbaserte arbeidsstyrket til Statoil. Retten viste her til Bilkasaken.¹⁴⁵ Saken dreide seg i korte trekk om en virksomhet som utelukket sine deltidsansatte fra et pensjonssystem fordi virksomheten ønsket færrest mulig deltidsansatte. En slik ordning er indirekte diskriminerende og Virksomheten fikk ikke

¹⁴² Danfoss-saken C-109/88.

¹⁴³ Arbeidsrett.no. Note 3 til § 13-3.

¹⁴⁴ Stavanger Tingrett 05-75777

¹⁴⁵ Sak 170/84.

medhold i EU-domstolen. Domstolen uttalte at det ikke foreligger usaklig diskriminering dersom diskrimineringen er berettiget av objektive grunner som ikke angår forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Statoildommen understreker at et tilsvarende prinsipp må gjelde for forskjellsbehandling på grunn av alder.

Videre stiller direktivet krav om at forskjellsbehandlingen må være begrunnet i et **legitimt formål** innenfor rammen av den nasjonale rett. Direktivet oppstiller eksempler på hva som kan legitimere forskjellsbehandling på grunn av alder, herunder legitime ”beskftigelses-, arbeidsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske formål”.

Ordlyden i arbeidsmiljøloven skiller seg fra direktivet. Til forskjell fra direktivet bruker arbeidsmiljøloven uttrykket ”saklig formål” fremfor ”legitimt formål”. Dette kan ikke anses å utgjøre noen praktisk forskjell i rekkevidden av unntaket. I den videre fremstillingen benytter jeg uttrykket ”legitimt formål” fordi dette bedre harmoniserer med internasjonal og EU-rettslig språkbruk.

Med legitimt formål menes at formålet med forskjellsbehandlingen må være i samsvar med gjeldene rettslige normer og regler.¹⁴⁶ Hensynet bak er å sette fokus på det virkelige motivet til forskjellsbehandlingen.

Kjernen i legitimitetskravet innebærer at begrunnelsen for forskjellsbehandlingen må være sann, relevant og akseptabel i sammenhengen.¹⁴⁷ Det må være sant at det finnes et formål som må ivaretas og at det bare kan ivaretas ved å utsette individer for aldersdiskriminering.

På tross av at artikkel 6 første ledd lister opp beskftigelses-, arbeidsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske formål som mulig legitime formål har det i praksis vist seg at det knytter seg usikkerhet til hva som skal anses å være et legitimt formål. Det er som tidligere redegjort for, lite norsk praksis vedrørende aldersdiskriminering, men det foreligger en høyesterettsavgjørelse fra februar 2010. Jeg har valgt å kalle den Nye

¹⁴⁶ Jakhelln (2007) side 437.

¹⁴⁷ Arbeidsrett.no Note 3 til § 13-3.

Kystlink-dommen.¹⁴⁸ Dommen sier imidlertid lite om hvordan legitimitetskravet skal tolkes, men uttaler at formålet om sikkerhet må tolkes i vid forstand og således anses å gjelde både skipets sikkerhet, mannskapets sikkerhet og hensynet til de sjømenn som har passert 62 år¹⁴⁹. Videre uttaler retten at det ikke kan være tvil om at formål om sikkerhet ligger innenfor det som etter direktivets artikkel 6 første ledd kan begrunne forskjellsbehandling i form av lavere aldersgrense for oppsigelsesvernet, enn det som gjelder ellers i samfunnet. Spørsmålet om legitimt formål kom ikke på spissen i denne saken, jeg trekker imidlertid inn dommen for å belyse hva Høyesterett har uttalt om dette i forbindelse med aldersdiskriminering.

Spørsmålet om hva som er et legitimt formål i artikkel 6 første ledd har vært gjenstand for spørsmål i EU-domstolen en rekke ganger, men det har sjelden vært dette spørsmål som har vært satt på spissen i saken. Domstolen har likevel utalt seg om hva som ligger i vilkåret. Jeg vil særlig trekke frem Age Concern¹⁵⁰ som kanskje den viktigste dommen avsagt av EU-domstolen vedrørende tolkning av vilkåret om legitimt formål. Saken gjaldt nasjonale bestemmelser i England, som unntok ansatte over 65 år fra diskrimineringsvernet med. Domstolen uttaler at det av direktivets artikkel 6 første ledd, fremgår at

”disse legitime formål er av almen interesse og adskiller sig herved fra rent individuelle begrunnelser der er særegne for arbeidsgivere..”¹⁵¹

EU-domstolen uttaler riktignok at det mellom private parter i en arbeidsavtale, må gis en viss fleksibilitet i forhold til hva som kan anses å være saklig formål. Med dette menes at en arbeidsgiver må ha en viss anledning til å diskriminere på grunn av alder selv om ikke formålet med diskrimineringen i like stor grad, er av allmenn interesse. Omkostninger og bedring av konkurranseevnen til en bedrift er imidlertid som utgangspunkt, ikke legitime formål.¹⁵² Det tilkommer ifølge domstolen, den nasjonale domstol å vurdere om de faktiske

¹⁴⁸ Ref. 2010-02-18 Dommen omtales i punkt 6.2.4.1.

¹⁴⁹ Dommens premiss 68.

¹⁵⁰ C-388/07.

¹⁵¹ Dommens premiss 46.

¹⁵² Dommens premiss 46.

omstendigheter i hver aktuelle sak berettiges av legitime formål som uttrykt i artikkel 6 første ledd.

EU-domstolen fortsetter imidlertid med å veilede medlemsstatene i fortolkningen av vilkåret om legitimt formål, og det bemerkes at det ved sosialpolitiske formål tilkommer medlemsstatene en vid skjønnsmargin ved valget av hvilke foranstaltninger som kan oppfylle disse. Skjønnets begrensning imidlertid av at gjennomføringen av prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering blir illusorisk.¹⁵³ EU-domstolen uttrykker også, i domskonklusjonen punkt 2, at prinsippet om forbud mot forskjellsbehandling *kun* kan fravikes ved bestemmelser som er begrunnet i sosialpolitiske formål, slik som beskeftigelses-, arbeidsmarkeds og erhversuddannelsespolitiske formål. Det tilkommer den nasjonale rett å etterprøve om den omhandlede lovgivning tjener et slik legitimt formål. Etter min oppfatning begrenser domstolen med denne uttalelsen, rammen for hva som kan anses å være et legitimt formål i forhold til hva ordlyden i artikkel 6 første ledd skulle tilsi. Artikkel 6 første ledd uttrykker at sosialpolitiske grunner er et legitimt formål, men ikke at det er det eneste legitime formål som kan rettferdiggjøre forskjellsbehandling på grunn av alder.

EU domstolen uttaler seg også i Palacios-dommen¹⁵⁴ om hva som kan anses å være et legitimt formål. Spørsmålet i saken var om likebehandlingsprinsippet som forbyr diskriminering på grunn av alder, hindrer statene å opprettholde bestemmelser som hjemler tvungen pensjonering på 65 år i kollektive avtaler, når arbeidstakeren har oppnådd pensjonsalder og full pensjon. EU-domstolen fastslår her at medlemsstatene kan anvende aldersgrenser der det legitime formålet med forskjellsbehandlingen er å gi unge arbeidssøkende enklere tilgang til arbeidsmarkedet. Dette ble ansett å være i tråd med likebehandlingsbestemmelsene såfremt statens myndigheter mener det er et tiltak som er nødvendig for å bedre sosialpolitikken og sysselsettingen. Dette er senere fulgt opp i praksis og det anses klart å være et legitimt formål å fastsette aldersgrenser dersom målet er

¹⁵³ Dommens premisser 47-50.

¹⁵⁴ Sak C-411/06.

å skape arbeidsplasser for unge arbeidssøkende. Rettferdiggjørelsen av forskjellsbehandlingen begrunnet i dette formål begrenses imidlertid av kravet om ”nødvendighet” og ”hensiktsmessighet” i disse tilfellene. Mer om dette i punkt 5.3.2.

En nyere dom avsagt av EU-domstolen som også belyser hva som kan være et legitimt formål er Petersensaken.¹⁵⁵ Domnica Petersen brakte saken inn til EU-domstolen etter at den nasjonale tyske domstol konstaterte at hennes autorisasjon som offentligpraktiserende tannlege gikk ut som følge av at Petersen fylte 68 år. Petersen hevdet at dette var i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i nasjonalt lovverk og direktivet. Det ble anført tre legitime formål med forskjellsbehandlingen, herunder to formål som ble vurdert etter direktivets artikkel 2 femte ledd. Dette var formål om å ivareta helse og sikkerhet for tannlegepasienter i det ble hevdet at tannleger ansees miste evnen til å yte i arbeidet etter de fyller 68 år. Domstolen uttaler i premiss 45 at formålet om å ivareta den offentlige helse er et legitimt formål. Det siste formålet, som var muligheter for å oppnå arbeide som offentligpraktiserende tannlege for yngre tannleger, ble imidlertid vurdert etter artikkel 6 første ledd. Domstolen viser til Palacios-dommen og fastslår at det ubestridelig er legitimt å fremme muligheten for at visse kategorier kommer inn på arbeidsmarkedet.¹⁵⁶

For å oppsummere vilkåret **objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål** kan det utledes at kravet om det saklige formål for at forskjellsbehandling på grunn av alder skal kunne rettferdiggjøres, er svært streng. Det avgjørende for om vilkåret er oppfylt må være at formålet er begrunnet i noe annet enn alderen i seg selv. Vilket om legitimt formål betyr i følge Age Concern at formålet må være av sosialpolitisk karakter og tjene allmenn interesse for å kunne rettferdiggjøre aldersdiskriminering. Det er således nødvendig å knytte behovet for det aldersdiskriminerende regelen opp til samfunnsmessige, almenne interesser. Det er ikke tilstrekkelig å begrunne forskjellsbehandlingen generelt, om en bestemmelses egnethet til å inngå i beskeftigelses-, arbeidsmarked-, og erhvervsuddannelsespolitikk. Det må begrunnes særskilt hvorfor den aktuelle regelen er

¹⁵⁵ Sak C -341/08.

¹⁵⁶ Dommens premiss 68.

nødvendig å opprettholde eller innføre, og hvilken nytte den tjener i sosialpolitisk sammenheng. Palacios-dommen fastslår at formålet å skape arbeidsplasser for unge som trenger en plass på arbeidsmarkedet er et legitimt formål. Petersen-saken uttaler at formål om å ivareta befolkningens helse og sikkerhet også er et legitimt formål. Etter min oppfatning er det nokså enkelt for arbeidsgiver og lovgiver å finne et formål som er legitimt for å opprettholde aldersgrenser for avgang fra arbeidslivet. Et avgjørende moment for hvorvidt formålet er legitimt, er sannhetsprinsippet. Det forutsettes at det påberopte legitime formål med aldersdiskrimineringen, er sant. På denne måten kan ikke en arbeidsgiver påberope seg formålet om verken helse og sikkerhet eller økt sysselsetting dersom det i realiteten ikke er dette som er årsaken til at noen forskjellsbehandles.

5.3.2 "Hensiktsmessig og nødvendig"

Dersom formålet anses å være legitimt, må det i neste rekke tas stilling til om de midler det gjøres bruk av for å nå formålet er hensiktsmessige og nødvendige. Spørsmålet er med andre ord om diskrimineringen er nødvendig og hensiktsmessig for å oppnå det legitime formål. Arbeidsmiljølovens ordlyd stiller ikke krav om hensiktsmessighet. Så vidt jeg kan se, gir ikke forarbeidene noen begrunnelse for hvorfor uttrykket ikke inntas i arbeidsmiljøloven. Dette innebærer at arbeidsmiljøloven er mindre spesifikk i formuleringene enn direktivet, men kravet om nødvendighet må trolig forstås slik at det dekker innholdet av kravet om både hensiktsmessighet og nødvendighet i direktivet. Dette støttes av juridisk teori.¹⁵⁷

At forskjellsbehandling på grunn av alder må være nødvendig og hensiktsmessig for å oppnå et saklig formål, innebærer at det må foreligge en direkte årsakssammenheng mellom begrunnelsen for forskjellsbehandlingen og målet som skal oppnås. Dersom forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig eller hensiktsmessig for å nå formålet, finnes det andre måter å oppnå formålet på, som er mindre inngripende og som ikke utsetter arbeidstakeren for diskriminering. I nødvendig- og hensiktsmessighetsvurderingen må det

¹⁵⁷ Jakhelln (2007) s 195.

derfor først undersøkes om målet kan oppnås på en måte som ikke bryter med diskrimineringsforbudet, og deretter om målet kan nås på en mindre inngripende måte for den eller de som rammes av forskjellsbehandlingen.¹⁵⁸ Dette ble presisert Statoildommen.¹⁵⁹ Retten uttalte at arbeidsgivers påståtte behov for å bringe arbeidsforholdet til opphør på grunn av høy alder, effektivt kunne løses med helt andre virkemidler enn forskjellsbehandling.¹⁶⁰ Det ble vist til at aktiv seniorpolitikk og tilrettelegging av arbeidsforholdene for de eldre ansatte er tiltak som er mindre inngripende tiltak for den enkelte. Det ble også bemerket at bedriften hadde inngått IA avtale med staten¹⁶¹ og således hadde forpliktet seg til å tilrettelegge arbeidssituasjonen for de eldre arbeidstakerne.

Den første avgjørelsen vedrørende aldersdiskriminering som ble behandlet av EU-domstolen er den såkalte Mangold-dommen som ble avgjort 22. november 2005.¹⁶² Saken gjaldt spørsmålet om en tysk regel som tillot midlertidig ansettelse for arbeidstakere som var fylt 52 år, var diskriminering som kunne rettferdiggjøres etter direktivet artikkel 6 første ledd. Formålet med den tyske, nasjonale regelen var å fremme muligheten for arbeid for eldre arbeidstakere, da dette er en gruppe som har betydelige vanskeligheter med å finne nytt arbeid. Dommen fastslår at et slik formål om å fremme arbeid for eldre arbeidstakere som har blitt arbeidsløse, er av ”allmenn interesse” og fremstå klart som legitimt formål.¹⁶³ Videre uttrykker EU-domstolen at medlemsstatene utvilsomt råder over en vid skjønnsmargin vedrørende hvilke bestemmelser som kan oppfylle legitime formål om sosialpolitikk og arbeidsmarked.¹⁶⁴ Med dette menes at det i stor grad er opp til medlemsstatene å avgjøre hvilke tiltak som er hensiktsmessige og nødvendige for å nå formål om statenes interne arbeidsmarkedssituasjon. Dette fører til at EU-domstolen kun i et begrenset omfang kan utøve kontroll av hvorvidt diskriminering på grunn av alder er

¹⁵⁸ Ot.prp. nr 104 s 41-42.

¹⁵⁹ Stavanger tingrett dom 05-75777.

¹⁶⁰ Dommen side 14.

¹⁶¹ IA avtale står for inkluderende arbeidsliv. Det er en avtale mellom NAV og den enkelte bedrift om blant annet tilrettelegging av den enkeltes arbeidssituasjon i kampen om å få ned norsk sykefravær. (nav.no)

¹⁶² C-144/04

¹⁶³ Dommens premiss 60.

¹⁶⁴ Dommens premiss 63.

nødvendig og hensiktsmessig for å oppnå det legitime formål.¹⁶⁵ I Mangold-dommen var spørsmålet, som tidligere beskrevet, hvorvidt en tysk regel som ga arbeidsgivere adgang til å inngå midlertidige arbeidskontrakter med arbeidstakere som hadde fylt 52 år var forenlig med forbudet mot aldersdiskriminering. Domstolen uttalte altså at statene har en vid skjønnsmargin med hensyn til valg av tiltak som er hensiktsmessig og nødvendig for å oppfylle et legitimt formål på det sosialpolitiske området, men fant det ikke godtgjort at tyske myndigheter hadde godtgjort at en aldersgrense på 52 år er nødvendig for å oppfylle formålet om å forbedre mulighetene for å komme inn på arbeidsmarkedet for eldre arbeidstakere. Dett ga i tillegg et dårligere oppsigelsesvern for arbeidstakere over 52 år som allerede var i et ansettelsesforhold.

Om hensiktsmessighet og nødvendighet uttalte EU-domstolen i Petersen-dommen¹⁶⁶ at det ikke var hensiktsmessig eller nødvendig å sette krav om aldersgrenser for oppnå formålet om helsesikkerhet for tannlegepasienter i dette tilfellet. Poenget i denne forbindelse var at aldersgrensen kun gjaldt for tannleger som var tilknyttet det offentlig helsesystemet. Private tannleger ble ikke rammet av regelen og kunne således fortsette yrket etter fylte 68 år. På denne måten ivaretok regelen formålet om helse og sikkerhet kun for den gruppen pasienter som ble behandlet av offentligpraktiserende tannleger. Bestemmelsen om aldersgrensen var således ikke nødvendig og hensiktsmessig for å ivareta formålet om helse og sikkerhet.

Det andre anførte formålet i Petersen-dommen gjaldt hensyn som knyttet seg til arbeidsmarked og sysselsetting for yngre tannleger. Det ble anført fra statens side at eldre tannleger måtte gå av med pensjon for å gjøre plass til unge, nyutdannede tannleger på arbeidsmarkedet. Retten la vekt på at den reelle mangelen på tannleger ikke kunne forsvare et formål som skal ivareta et hensyn som i realiteten er helt upraktisk. Det var derfor verken

¹⁶⁵ Dette presiseres også av generaladvokaten i hans forslag til avgjørelse i saken mellom Gisela Rosenblatt og Oellerking GmbH, sak C-45/09, premiss 86.

¹⁶⁶ C -341/08.

nødvendig eller hensiktsmessig å skyve noen ut av arbeidsmarkedet for å skape plass for nye, da det reelle problemet var at det var en generell mangel på tannleger.¹⁶⁷

For å oppsummere hva som ligger i vilkårene om nødvendighet og hensiktsmessighet kan det først og fremst påpekes at det ofte er i denne vurderingen en regel om aldersgrense kan konstateres som ulovlig. Det er medlemsstatene som best kan avgjøre om aldersgrensen er nødvendig og hensiktsmessig for å ivareta statens sosialpolitiske formål, og statene har i denne forbindelse en vid skjønnsmargin. Det innebærer dog at statenes faktiske situasjon må kartlegges for å sikkert kunne avgjøre om det er nødvendig med en regel for å sikre arbeidsplasser for unge jobbsøkende. Det er også avgjørende å undersøke hvorvidt formålet kan nås ved bruk av andre midler, som ikke er diskriminerende.

5.3.3 "Proporsjonalitet"

Til slutt stiller unntaksbestemmelsen vilkår om proporsjonalitet. Kravet innebærer at diskriminering som følge av aldersgrensen, ikke må være uforholdsmessig inngripende for arbeidstakeren. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle om hvordan forskjellsbehandlingen virker for den som blir utsatt for diskriminering. I juridisk teori er det beskrevet slik:

”Den uheldige virkningen av forskjellsbehandlingen må avveies mot fordelene ved det saklige formålet som forskjellsbehandlingen er ment å fremme.”¹⁶⁸

Det er i denne forholdsmessighetsvurderingen selve proporsjonalitetstesten ligger. De øvrige vilkår kan være oppfylt, men dersom forskjellsbehandlingen likevel er å anse som *for* inngripende for den som utsettes for diskriminering, står middelet simpelthen ikke i forhold til målet, og kan således ikke rettferdiggjøres.

¹⁶⁷ Premiss 77.

¹⁶⁸ Hotvedt i Arbeidsrett.no note 4 til arbeidsmiljøloven. § 13-3. (Mai 2010)

Direktivet uttrykker ikke eksplisitt et krav om forholdsmessighet, men det må likevel forutsette å gjelde.

5.3.4 Hvorfor behandles diskriminering på grunn av alder annerledes enn alle andre diskrimineringsgrunnlag i direktivet?

Direktivets fortale punkt 25 fremhever behovet for en særskilt unntaksadgang fra forbudet. Der heter det at (dansk oversettelse):

”Forbudet mot forskelsbehandling på grunn av alder er en afgørende forusætning for, at de mål, der er fastsatt i retningslinjerne for besæftigelse, kan nås, og der kan tilskyndes til diversitet i beskæftigelsen. Ulige behandling på grunn av alder kan dog være berettiget under visse forutsetninger og krever derfor særlige bestemmelser, der kan varierer alt eftesom situationen i medlemsstaterne. Det er afgørende at skelne mellom ulige behandling, der er berettiget, især under hensyn til legetime beskeftigelses,- arbeidsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og forskelsbehandling, der skal forbydes.”

Utover dette gis det i direktivet, ingen forklaring på hvorfor forskjellsbehandling på grunn av alder i flere tilfeller enn andre diskrimineringsgrunnlag som direktivet beskyttes av, kan være berettiget. I forarbeidene til arbeidsmiljølovens innføring av diskrimineringsforbudet gir på heller ingen utfyllende forklaring:

”Det er likevel utvalgets vurdering at forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder ikke kan gjelde absolutt og i alle situasjoner – det ville i en del tilfeller føre til uheldige og utilsiktede konsekvenser.”¹⁶⁹

Det er klart at en slik unntaksadgang gjelder for alle diskrimineringsgrunnlag. Forbudet mot forskjellsbehandling gjelder således ikke i absolutt alle situasjoner. Det er altså bare usaklig diskriminering som er forbudt.

¹⁶⁹ Innst. O. nr. 52 (2003-2004) punkt 5.6.1.3.

Det er hevdet at noe forskjellsbehandling på grunn av alder er forankret i rasjonelle vurderinger som ikke er uforenelige med tanken om individuell verdighet, er begrunnet verdifulle sosiale og økonomiske momenter, og er i enkelte tilfeller ment som å gi andre aldersgrupper spesielle fordeler.¹⁷⁰ Dette er selvfølgelig sant. På den annen side medfører det vanskeligheter med å trekke linjen mellom aldersdiskriminering som skal rettferdiggjøres og aldersdiskriminering som ikke skal kunne la seg rettferdiggjøre. Og...

”according to this view , some diskriminatory measures are ”rational”, ”serve valuable economic and social objectives” and ”benefit particular age groups”. This illustrates the different approach to age when compared to other grounds of discrimination. It is unlikely to yhat it would be acceptable to use terms such as these when referring to gender and race.”¹⁷¹

Etter min oppfatning er det viktig å bemerke at alder som diskrimineringsgrunn stilles i en gruppe for seg selv og som oftere antas å kunne rettferdiggjøres. Dette illustreres spesielt av at direktivet innehar en egen unntaksbestemmelse for alder, men også av at direktivet kun gjelder på arbeidslivets område. Det er klart usaklig diskriminering på grunn av alder også i stor grad forekommer utenfor arbeidslivets område.¹⁷² Et slik svakere vern for alder som diskrimineringsgrunn kommer etter min oppfatning av de stereotype holdninger som preger samfunnets oppfatning av eldre. På mange måter kan det sammenlignes med andre diskrimineringsgrunnlag, som kjønn og etnisitet, som også i sin tid måtte kjempe for like rettigheter slik som eldre på, sitt nivå, må i dag.¹⁷³

5.4 Hva er gjeldende rett vedrørende unntak fra forbud mot aldersdiskriminering?

I den foregående fremstillingen har jeg fokusert på å fremstille unntaksbestemmelsen som kan rettferdiggjøre forskjellsbehandling på grunn av alder. På grunnlag av dette vil det

¹⁷⁰ O’Cinneide (2005).

¹⁷¹ Sargeant (2006) side 54.

¹⁷² Det stilles for eksempel i enkelte tilfeller krav til minimums- og maksimumsalder ved kjøp av eldrebolig. Noen statlige ordninger, for eksempel taxigodtgjørelse for eldre, minskes i omfang ved en viss alder.

¹⁷³ Med det mener jeg ikke at kampen for kjønnslikestilling og etnisitetsdirskriminering er over, men disse diskrimineirngsgrunnlagene har eksistert i lang tid og det er i større grad akseptert av samfunnet at slik ulik behandling ikke kan retferddiggjøres.

neste spørsmål naturlig være; hva er gjeldende rett vedrørende forbud mot aldersdiskriminering?

På bakgrunn av en tokning av rammedirektivet artikkel 6 og en sammenfatning av hva EU-domstolen har kommet frem til i de forskjellige saker som til nå har vært forelagt domstolen, kan det slutes at noen spørsmål trolig er klarlagt. Mye er imidlertid fortsatt er usikkert. I det følgende vil jeg forsøke å kort sammenfatte det som kan synes å være gjeldende rett i lys av EU-domstolens avgjørelser før jeg i kapittel 6 vurderer aldersgrenser i Norge i lys av det. Det må imidlertid bemerkes at vurderingen av hvorvidt aldersdiskriminering kan rettferdiggjøres må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering i *hvert enkelt tilfelle*.

For det første må det fastslås at det foreligger et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder. All forskjellsbehandling må derfor gjennomgå rettferdiggjørelsestesten unntaksbestemmelsen i artikkel 6 og arbeidsmiljøloven. Mangolddommen fastslår at dette er det prinsipp som i utgangspunktet gjelder uavhengig av direktivet.

For det andre kan det med sikkerhet slås fast at det foreligger en vid skjønnsmargin for medlemsstatene å avgjøre hvor grensen mellom ulovlig og lovlig diskriminering skal gå. Skjønnnet er imidlertid begrenset for at aldersdiskrimineringsforbudet ikke skal være illusorisk. Begrensingene følger av at middelet, må ”bestå” vilkårene i unntaksbestemmelsen.

For det tredje er det i Age Concern fastslått som rimelig klart at et saklig eller legitimt formål først og fremst omfatter sosialpolitiske formål som må ha en samfunnsmessig, allmenn betydning. Det er som hovedregel ikke tilstrekkelig at en bedrift ivaretar sitt eget ve og vel ved å gjøre bruk av aldersgrenser, det må være av betydning også for andre enn selve bedriften.

For det fjerde har EU-domstolen både med Palacios-dommen og Petersen-dommen anerkjent anvendelsen av tvungen pensjonsalder som fører til at eldre arbeidstakere forlater arbeidsmarkedet for å gi plass til yngre arbeidstakere som et legitimt formål. Dette formål begrenses imidlertid ofte av at det verken er hensiktsmessig eller nødvendig å skyve noen ut for å hjelpe andre inn på arbeidsmarkedet.

For det femte er det avgjørende å spørre om formålet kan nås ved bruk av andre midler enn den diskriminerende regel, men statene har en vid skjønnsmargin vedrørende hvilke tiltak som er nødvendig og hensiktsmessige i den enkelte stat.

6 Kan regler om aldersgrenser i lov og avtaleverk opprettholdes etter at forbudet om aldersdiskriminering ble en del av norsk lov?

6.1 Innledning

I det følgende reises tre hovedspørsmål i forbindelse med aldersgrenser og forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder. Det første spørsmålet er hvorvidt den lovbestemte, alminnelige aldersgrensen i arbeidsmiljøloven § 15-13 a, kan opprettholdes etter at aldersdiskrimineringsforbudet ble implementert i norsk lov. Det andre spørsmålet er hvorvidt særaldersgrensen i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd, lovlig kan opprettholdes, og det siste spørsmålet er hvorvidt det er adgang til å fastsette og opprettholde særaldersgrenser i arbeidsavtaler og som følge av langvarig praksis hos den enkelte bedrift.

Analysen baserer seg på en vurdering av aldersgrensene og om de kan rettferdiggjøres i henhold til unntaksbestemmelsen for aldersdiskrimineringsforbudet, jf. arbeidsmiljøloven § 13-3 og direktivet artikkel 6 første ledd. Jeg vil først gå inn i lovgivers vurdering av aldersgrensene slik de kommer til uttrykk i forarbeidene. Deretter vil jeg vurdere lovgivers begrunnelse, herunder formål, hensiktsmessighet, nødvendighet og proporsjonalitet i lys av direktivet og EU-domstolens krav til rettferdiggjørelse av aldersdiskriminerende regler. Aldersgrensene bygger i stor grad på like hensyn. For at vurderingene av de ulike rettsgrunnlagene ikke skal bli for like går jeg ikke inn i de samme momentene under hver aldersgrense. Jeg vurderer derimot aktuelle momenter som er knyttet til hver av aldersgrensene og viser til tidligere drøftelser der det er aktuelt.

6.2 Lovbestemte aldersgrenser

Lovbestemte aldersgrenser har sin bakgrunn i at man har rett til å forlate arbeidslivet ved oppnådd pensjonsalder. Pensjonsalderen baseres på en oppfatning av at det først på dette tidspunkt er akseptabelt et den enkelte ikke forsørger seg selv.¹⁷⁴ Reglene om lovbestemte

¹⁷⁴ Ketscher (2008) side 127.

aldersgrenser ble innført i en tid da arbeidet var mer fysisk belastende og de færreste ønsket å arbeide etter oppnådd pensjonsalder.¹⁷⁵ Det ble sett på som et gode å kunne forlate arbeidslivet etter man har opparbeidet seg pensjon, og inntil på midten av 1990-tallet har det ikke vært betraktet som problematisk, sett i et diskrimineringsperspektiv, at eldre arbeidstakere må forlate arbeidslivet.¹⁷⁶

Det er viktig å skille mellom de forskjellige lovene som regulerer arbeidsforhold i Norge. For private arbeidsforhold er det arbeidsmiljøloven som kommer til anvendelse. Arbeidsmiljøloven innehar som tidligere skrevet et forbud mot diskriminering, herunder også aldersdiskriminering, jf. § 13-1. Sjømannsloven gjelder i følge lovens § 1

“for den som har sitt arbeid på norsk skip, og som ikke bare arbeider ombord mens skipet ligger i havn”.

Sjømannsloven innehar også et forbud mot diskriminering som ble inntatt i loven som følge av rammedirektivet. Forbudet er utformet identisk med arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud. Tjenestemannsloven gjelder etter § 1 for

”arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste”.

Tjenestemannsloven innehar ikke et eksplisitt diskrimineringsforbud, men vernet mot diskriminering på grunn av blant annet alder følger av arbeidsmiljøloven kapittel 13. I denne avhandlingen skal jeg imidlertid vurdere lovligheten av lovbestemmelser som innebærer opphør av oppsigelsesvernet. - Den alminnelige aldersgrense i arbeidsmiljøloven, særaldersgrensen i sjømannsloven i tillegg til pliktige særaldersgrenser på bakgrunn av avtale og praksis.

Aldersgrenser for fratredelse er å behandle eldre arbeidstakere ulikt sammenlignet med andre arbeidstakere på grunn av kronologisk alder. Etter direktivets artikkel 6 første ledd, skal de medlemsstater som praktiserer ulik behandling på grunn av alder, begrunne dette. Jeg går først inn i den enkelte bestemmelse om fratredelse på grunn av alder og vurderer denne i lys av forbudet mot

¹⁷⁵ Herlofsen (2009).

¹⁷⁶ Ketscher (2008) side 126.

aldersdiskriminering.

6.3 Arbeidsmiljøloven § 15-13 a første ledd

Den såkalte 70-årsgrensen, aldersgrensen for opphør av oppsigelsesvern i arbeidsmiljøloven, lyder slik:

”Opphør av arbeidsforhold grunnet alder

(1) Arbeidsforholdet kan bringes til opphør når arbeidstaker fyller 70 år. Lavere aldersgrense kan følge av annet grunnlag når grensen er saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende, jf. 13-3 andre ledd.”

Bestemmelsens første punktum hjemler at arbeidstaker lovlig kan si opp arbeidstakere som har fylt 70 år dersom ikke annet er avtalt. Antitetisk betyr dette at det ikke er saklig, og dermed ulovlig å begrunne oppsigelse med den ansattes alder før fylte 70 år.

Arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern gjelder med andre ord bare for arbeidstakere under 70 år. På denne måten kan arbeidsgiver saklig gå til oppsigelse av en ansatt som har fylt 70 år, med begrunnelse i vedkommendes alder. Av andre punktum følger imidlertid et unntak om at lavere aldersgrense også kan følge av annet grunnlag, når det foreligger saklig grunn og når det ikke er uforholdsmessig inngripende etter unntaksbestemmelsen i § 13-3. Jeg tar stilling til annet punktum senere i punkt 6.2.5.

Bestemmelsen har bakgrunn i at folketrygdlovens pensjonsalder ble satt ned fra 70 til 67 år i 1972.¹⁷⁷ Regelen ble den gang innført for å fastsette at oppsigelse før fylte 70 år ikke saklig kunne begrunnes i alder, selv om folketrygdlovens pensjonsalder ble satt ned, noe som i seg selv bidro til et sterkere diskrimineringsvern.

¹⁷⁷ Jakhelln (2007) 4. utgave, s 436.

En regel om øvre aldersgrense for fratredelse, er som hovedregel direkte diskriminerende og den rammes således av arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud i § 13-1. Lovligheten av 70-årsregelen må derfor vurderes opp mot vilkårene i unntaksbestemmelsen i § 13-3. I det følgende vil jeg derfor på bakgrunn av arbeidsmiljøloven § 13-3 og EU-domstolens praksis knyttet til direktivet artikkel 6 første ledd, vurdere som 70-årsregelen er begrunnet i et saklig formål som er nødvendig og hensiktsmessig, og som ikke er uforholdsmessig inngripende for den som forskjellsbehandles, for å fastslå hvorvidt aldersgrensen er lovlig eller ikke.

Lovgiver har vurdert spørsmålet om lovligheten av 70-årsgrensen tre ganger.¹⁷⁸ Hver gang har konklusjonen vært at aldersgrensen oppfyller vilkårene til unntaksbestemmelsen. Det skal imidlertid nevnes at første gang dette ble vurdert, i Ot.prp.nr.104 (2002-2003) ble det ikke foretatt noen inngående vurdering. Departementet merket seg at spørsmålet var problematisk og at det krever en bred utredning.¹⁷⁹ Andre og tredje gang spørsmålet ble stilt, har departementet i større grad gått inn i vurderingen og trukket frem momenter for og i mot lovligheten av en aldersgrense. I Ot.prp.nr. 2004-2005 konkluderte departementet med at

”det må anses saklig å opprettholde en bestemmelse som gir adgang til å si opp arbeidstakere som har nådd en alder som er høyere enn folketrygden.”¹⁸⁰

Videre er begrunnelsen at arbeidstakere som har fylt 70 år er sikret en viss inntekt, samt at store deler av arbeidsmarkedet har innrettet seg på at det er saklig å si opp en arbeidstaker som har nådd lovens grense på 70 år.¹⁸¹ Det blir ikke foretatt en vurdering av hva som er formålet med aldersgrensen, ei heller ble det vurdert hvorvidt regelen er nødvendig og hensiktsmessig for å oppnå et eventuelt formål.

¹⁷⁸ Ot.prp 104 (2002-2003) ”Om likebehandling i arbeidslivet” Ot.prp.49 (2004-2005) om ny arbeidsmiljølov og Ot.prp.54 (2008-2009) ”Likestilling av arbeidstiden for skift og turnusarbeidere mv.”

¹⁷⁹ Ot.prp 104 (2002-2003) side 29-30.

¹⁸⁰ Ot.prp 49 (2004-2005) side 194.

¹⁸¹ Ot.prp 49 (2004-2005) side 194.

I Ot.prp.nr.54. 2008-2009 begrunnes konklusjonen om å opprettholde den alminnelige aldersgrense med at de hensyn som ligger til grunn for en slik regel er

”...i tråd med kravet til saklig formål slik dette fremkommer i direktivets art. 6 og arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd. Dette på bakgrunn av en samlet vurdering der verdig avgang, arbeidslivspolitiske hensyn, forholdet til andre EU-lands nasjonale lovgivning og viktigheten av å ha et regelverk som er robust for konjunktursvingninger er sentrale momenter.”¹⁸²

En slik ”samlet vurdering” er neppe i tråd med kravet til legitimt formål verken i direktivet eller i arbeidsmiljøloven. Samtidig er det uttrykket forarbeidene at vurderingen av hvorvidt aldersgrensene lovlig kan opprettholdes etter diskrimineringsforbudet ble implementert, i stor grad må avgjøres av domstolene.¹⁸³ Av den grunn er det aktuelt å stille spørsmål ved den konklusjonen som lovgiver falt ned på.

6.3.1 Legitimt formål

Det første spørsmålet er hvorvidt 70-årsregelen har et legitimt formål. Forarbeidene uttrykker at direktivets liste over hva som er saklige formål ikke er uttømmende og at opplistingen henspiller seg på at medlemsstatene kan bestemme at denne typen nasjonale målsettinger kan gjøre aldersgrenser lovlig. Departementet uttaler at det i utgangspunktet må foretas en konkret vurdering, hvor sysselsettingspolitiske hensyn og hensyn til helse og sikkerhet er to av flere momenter som kan vektlegges¹⁸⁴, men etter min oppfatning er det ikke enkelt å finne hvilke(t) formål departementet begrunner aldersgrensen i. Jeg går imidlertid ut i fra at det er de nevnte sentrale momenter; *verdig avgang, arbeidslivspolitiske hensyn, forholdet til andre EU-lands nasjonale lovgivning og viktigheten av å ha et regelverk som er robust for konjunktursvingninger* utgjør formålet om sysselsettingspolitiske og arbeidslivspolitiske formål.

¹⁸² Ot.prp. 54 (2008-2009) pnkt 8.4.5

¹⁸³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)

¹⁸⁴ Ot.prp 54 (2008-2009) s 60

6.3.1.1 Sysselsettings- og arbeidslivspolitiske formål

Meningen med direktivet må være at det skal foretas en konkret vurdering i hvert medlemsland om hvorvidt det kan være saklig å opprettholde en aldersdiskriminerende regel fordi det er nødvendig av hensyn til sysselsettings- og arbeidsmarkedshensyn.¹⁸⁵ Her må det altså foretas en vurdering av sysselsettings- og arbeidsmarkedssituasjonen i Norge for å påberope at aldersgrensen er nødvendig for å ivareta dette.

Et av momentene som utgjorde begrunnelsen til lovgivers konklusjon om at 70-årsgrensen var lovlig, er behovet for å øke sysselsettingen av yngre arbeidsledige i tider med høy arbeidsledighet. Det antas at et slik formål

”ikke må tokes så snevert at det begrenser seg til å gjelde den konkrete sysselsettingssituasjonen til en hver tid. En nasjonal bestemmelse som åpner opp for oppsigelse ved en viss alder eller andre avgangsaldrer vil ikke komme i strid med aldersdiskrimineringsforbudet kun fordi konjunkturen svinger og sysselsettingssituasjonen endrer seg. Dette ville skape en lovgivning som var svært sårbar for samfunnsmessige endringer”¹⁸⁶

Et formål som tar sikte på å ivareta og sikre arbeidsplasser til yngre arbeidstakere er fastslått å være legitimt formål, jf. Palacios-dommen og Petersen-dommen, se avhandlingens side 56-57. Direktivets ordlyd ”legitimt formål innen den nasjonale rett” jf. artikkel 6 første ledd, innebærer etter min oppfatning at formålet må vurderes avhengig av statens faktiske arbeidsmarkedssituasjon. Spørsmålet blir altså om Norge kan opprettholde 70-årsaldersgrensen for å sikre en fremtidig nedgang i arbeidsmarkedet.

Age Concern-dommen uttrykker vedrørende legitimt formål, at det ikke er tilstrekkelig å gi en generell begrunnelse for bestemmelsen om hvorvidt den er egnet til å tjene samfunnets beste. Det må kunne vises til konkret hvilke forhold, og på hvilken måte den aktuelle regelen ivaretar formålet om sysselsetting og arbeidsmarked. Dette kan tolkes som at når lovgivers i sin vurdering ikke har begrunnet formålet med data som kan konkretisere

¹⁸⁵ Ot prp. nr. 54 (2008-2009) s 60.

¹⁸⁶ Otprp. nr. 54 (2008-2009) s 61.

behovet for en bestemmelse som ivaretar et mål om økt sysselsetting, kan anses å gå utenfor rammen av hva som kan anses å være legitimt innenfor ”rammen av den nasjonale rett”.

Det må likevel anses som klart at Norge har et stadig ønske om lav arbeidsledighet. Selv om det ikke er relevant i dagens norske arbeidsmarkedssituasjon, er det nærliggende å vurdere formålet om sysselsetting som legitimt innenfor rammen av den nasjonale rett.

6.3.1.1 Nødvendig og hensiktsmessig?

Videre blir spørsmålet hvorvidt aldersgrensen er nødvendig og hensiktsmessig for å bidra til at yngre kommer seg inn på arbeidsmarkedet. Det må foreligge direkte årsakssammenheng mellom formålet om økt sysselsetting blant yngre arbeidstakere og 70-årsgrensen for fratredelse for de eldre.

På den ene siden kan det hevdes at det i samfunnet kun finnes et begrenset antall arbeidsplasser. Unge, nyutdannede har et større behov for å komme seg ut i arbeidsmarkedet for å dekke disse arbeidsplassene, enn eldre har for å bli værende. Det kan derfor tenkes nødvendig at eldre fratrer stillingene slik at unge kan tiltre. Dette var gjenstand for vurdering i SAS-dommen.¹⁸⁷ Saken handlet om ti piloter, alle over 60 år, som ble sagt opp i forbindelse med nedbemanning i bedriften. Pilotene reiste sak mot arbeidsgiver med grunnlag i aldersdiskriminering. Retten uttalte at det måtte legges vekt på hvem som rammes hardest i en nedbemanningsprosess. I den forbindelse var det nødvendig at de eldre pilotene måtte fratre for å gi arbeidsplasser for de yngre. Det finnes svært få stillinger for piloter i dag og alternativet ville vært å sette de yngre ut i arbeidsledighet. Dommen er imidlertid ikke rettskraftig og er skal opp i Borgarting lagmannsrett i juni 2010.

¹⁸⁷ Asker og bærum Tingrett sak 08-195258.

På den andre siden kan det anføres at det ikke er nødvendig at eldre trer ut av sine stillinger for å frigjøre arbeidsplasser til de yngre. Sysselsettingssituasjonen i Norge i 2010 er på tross av finanskrisen slik at det fortsatt er behov for arbeidskraft. Vi importerer stadig utenlandsk arbeidskraft for å dekke arbeidsplasser, og arbeidsledigheten ser ikke ut til å gå opp de kommende år. Jens Stoltenberg uttalte i sin 1. mai tale at arbeidsledigheten for nasjonalbudsjettet er justert ned med 30 000 ledige, det betyr -1.25 prosentpoeng fra tilsvarende tall i 2009.¹⁸⁸ Den nasjonale arbeidsmarkedssituasjonen i Norge gjør det ikke nødvendig med en aldersgrense for å bidra til at de yngre kommer inn på arbeidsmarkedet. Problemet er snarere motsatt, - det er i flere bransjer behov for arbeidskraft. Ettersom dagens arbeidsmarkedssituasjon i Norge verken gjør det nødvendig eller hensiktsmessig med en aldersgrense for å få de yngre inn på arbeidsmarkedet, er spørsmålet om det er nødvendig og hensiktsmessig med en aldersgrense for ha mulighet til å hjelpe yngre inn på arbeidsmarkedet dersom det i *fremtiden* melder seg et slik behov.

Lovgiver har uttalt at en nasjonal bestemmelse som åpner opp for oppsigelse ved en viss alder ikke vil komme i strid med aldersdiskrimineringsforbudet kun fordi konjunkturen svinger og sysselsettingssituasjonen endrer seg fordi dette vil skape en lovgivning som var svært sårbar for samfunnsmessige endringer. Dette innebærer at lovgiver ønsker å opprettholde 70-årsgrensen som en generell sikkerhetsventil i tilfelle Norge i fremtiden skulle komme i en vanskelig arbeidsmarkedssituasjon. Jeg har kommet frem til at det er usikkert hvorvidt dette kan aksepteres som nødvendig og hensiktsmessig etter direktivet. I følge Age Concern må det foreligge et konkret behov for at eldre arbeidstakere skulle tre ut av arbeidslivet for å oppnå det legitime sysselsettingspolitiskeformål. Slik som situasjonen er i dag, er det ikke nødvendig med en regel som skal ivareta et formål som i Norge ikke er et problem.

Det fremgår imidlertid av formuleringen i fortalen punkt 25 at det kan fastsettes "særlige bestemmelser, der kan variere alt etter situasjonen i medlemsstatene" EU-domstolen tolker i Palacios-dommen dette til at

¹⁸⁸ Aftenpostens nettutgave 01.05.2010 <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/politikk/article3631718.ece>

”det er blant annet tilfældet med hensyn til det valg som de berørte myndigheter utfra politikse, økonomiske, sociale, demografiske og/eller budgettmessige overvejelser og under hensyntagen til at konkrete situasjon på denne medlemsstats arbeidsmarked, kan se sig nødsaget til at træffe om enten at forlænge arbeidstagernes arbeidsliv eller tværtimot at indføre regler om en tidligere pensionering af arbeiderne. ”¹⁸⁹

Palacios-dommen uttrykker videre at det

”påhviler medlemsstatens kompetente myndigheter at finde en rimelig balance mellem de foreliggende hensyn. Det skal imidlertid påses, at de nationale foranstaltninger der fastsættes i denne forbindelse ikke går du over hvad der er hensigtsmessig og nødvendig for at opfylde det mål, der forfølges av den berørte medlemsstat.

Det forekommer imidlertid ikke urimelig, at en medlemsstats myndigheter vurderer at en foranstaltning som i den hovedsagen omhandlede kan være heniktsmessig og nødvendig for at nå det legitime formål...”

Dette viser at EU-domstolen er svært forsiktig med å gå in i statenes vurderingen hva gjelder sysselsettingspolitiske formål og på den bakgrunn kan det se ut som at arbeidsmiljølovens alminnelig aldersgrense på 70 år kan forsvares i lys av lovgivers ønske om å ta forhåndsregler med hensyn til en potensiell nedgang i arbeidsmarkedet.

6.3.1.2 Helse- og sikkerhetsmessig formål

Et annet formål som faller innenfor kategorien Sysselsettings og *arbeidslivspolitiske* hensyn og således kan tenkes for å opprettholde 70 års aldersgrensen, er hensynet til helse og sikkerhet. Det fremgår av både Nye Kystlink AS-saken¹⁹⁰ fra Høyesterett og Petersen-saken¹⁹¹ fra EU-domstolen at et formål som sikter på å ivareta helse og sikkerhetsmessige hensyn, helt klart oppfyller kravene til saklig formål. Formålet med regelen er å hindre eventuelle skader som kan oppstå som følge av at eldre arbeidstakere mister evnen til å ivareta arbeidet sitt på en tilfredsstillende, sikkerhetsmessig måte. Dette er formål av sosialpolitisk karakter og det tjener allmenn interesse, jf. Age Concern.

¹⁸⁹ Palacios-dommen premiss 69.

¹⁹⁰ Rt

¹⁹¹ C-341/08

6.3.1.2.1 Nødvendig og hensiktsmessig

Vilkårene om at formålet må være nødvendig og hensiktsmessig må som kjent også være oppfylt. Spørsmålet er om 70-årsgrensen er nødvendig og hensiktsmessig for å nå formålet om helse og sikkerhet.

På den ene siden kan det hevdes at mennesker svekkes både fysisk og psykisk med tiden og at det foreligger større sannsynlighet for at eldre mister hukommelsen og blir syke og således utgjør en fare for helse og sikkerhet på arbeidsplassen. På den annen side hevdes det at mindre enn ti prosent av reduksjon over den yrkesaktive periode, skyldes alder.¹⁹² Det må likevel forutsettes at en naturlig følge av aldringsprosessen for mange innebærer at enkelte kroppslige funksjoner etter hvert kan svekkes. Dette spørsmålet er ikke inngående drøftet i rettspraksis. Den følgende vurdering vil av den grunn i stor grad basere seg på reelle hensyn.

Dersom 70-årsgrensen opprettholdes for å ivareta hensynet om helse og sikkerhet, begrunnet i at eldre mennesker mister evnen til å yte på arbeidsplassen, vil dette i stor grad være å tillegge eldre en rolle som ivaretar de stereotype holdninger eldre mennesker utsettes for. For det første må det legges til grunn at levealderen har øket betraktelig de siste 50 årene. Det sies at *"80 er det nye 60"*¹⁹³. -Vi holder oss friske lenger og vi lever lenger sammenlignet med før. Det finnes mangfoldige eksempler på at 70 åringer fortsatt gjør et utmerket arbeid. Det er derfor ikke hensiktsmessig å opprettholde 70-årsgrense som kun vil bidra til at noen får svekkede eldre uteblir fra arbeidslivet, mens resten av landets syke og svekkede yngre befolkning kan fortsette å arbeide. Det kan argumenteres med at det således er syke og svekkede personer som utgjør en fare for helse og sikkerheten i arbeidslivet, helt uavhengig av alder.

¹⁹² Goedhard & Goedhard (2005).

¹⁹³ Sitat Beate Slåfjell, professor IFP, avdeling for arbeidsrett.

Noen yrkes stiller imidlertid strengere krav til sikkerhet blant sine ansatte enn andre. En lege som ikke lenger tilfredsstiller de krav som må være oppfylt for å praktisere i yrket er et eksempel som setter nødvendighet av en aldersgrense på spissen. Samtidig er en lege som har fylt 70 år og praktisert yrket i flere tiår full av erfaring og kunnskap og således en viktig ressurs.

Dette innebærer at det er like store individuelle forskjeller blant eldre som det er blant alle andre grupper. Eldre er ingen homogengruppe som kan betraktes som ikke arbeidsdyktige etter fylte 70, slik at det er nødvendig med en aldersgrense for å ivareta en viss sikkerhet i arbeidsmarkedet. Det er verken hensiktsmessig, -det fjerner ikke alle som utgjør en fare på arbeidet- eller nødvendig, og andre alternativer som er mindre inngripende enn aldersgrense, bør i tilfelle diskuteres.

I sammenhengen eldre og sykdom, er også hensynet om en verdig avgang vært et moment som blir tillatt vekt. Lovgiver begrunner delvis adgangen til å operere med en 70-års aldersgrense i arbeidslivet med å trekke inn hensynet til en verdig avgang.¹⁹⁴ Hensynet skal bevare muligheten for å avslutte arbeidsforhold med verdighet for den enkelte, uten å måtte foreta en individuell vurdering og eventuelt gå veien om via oppsigelse på grunn av uegnethet ved høy alder. Dette ble anført som et av flere argumenter for å opprettholde særaldersgrensen i Statoil-dommen.¹⁹⁵ Retten uttrykte i forbindelse med dette at bedriftens påståtte behov, effektivt kunne løses ved hjelp av andre mindre inngripende virkemidler. Det ble også lagt vekt på at arbeidsmiljøloven krever at arbeidsgiver så langt som mulig skal iverksette nødvendige tiltak dersom arbeidstakeren blir hemmet til å utføre sitt yrke som følge av sykdom. Retten viste også til at bedriften helt uavhengig av arbeidstakerens alder kan gå til oppsigelse ved forhold på arbeidstakerens side, ved de alminnelige oppsigelsesregler.¹⁹⁶ Det må antas at disse hensyn har overføringsverdi til den alminnelige 70-års aldersgrense.

Etter min oppfatning kan det anføres at dersom hensynet til en verdig avgang skal tillegges vekt

¹⁹⁴ Ot.prp 54 (2008-2009) side 60.

¹⁹⁵ Se dommen side 13.

¹⁹⁶ Se dommen side 14.

ved vurderingen om det er nødvendig og hensiktsmessig å opprettholde 70-årsgrensen, kan det synes som å gi uttrykk for at diskrimineringsvernet må vike av hensyn til en potensiell ubehagelig situasjon mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det kan også være naturlig å tro at arbeidstakere som ikke lenger presterer, heller ikke ønsker å fortsette i sitt arbeide. Det må derfor antas at gruppen arbeidstakere dette hensynet vil være aktuelt for, er relativt liten. Dersom hensynet om verdig avgang tillegges vekt betyr det at det veier tyngre å unngå oppsigelser som er begrunnet i at arbeidet ikke lenger utføres etter forventningene, enn å la arbeidsdyktige eldre vernes av diskrimineringsforbudet. Det må kunne forutsettes at dette moment verken gjør aldersgrensen hensiktsmessig eller nødvendig.

Lovgiver viser også til at arbeidslivet har innrettet seg på at det er legitimt å si opp en arbeidstaker som er fylt 70 år, som en begrunnelse for å beholde bestemmelsen.¹⁹⁷ Det nevnes imidlertid at dette siste hensyn ikke i seg selv kan veie tungt i en drøftelse av om bestemmelsen har et saklig formål i henhold til § 13-3 annet ledd. Departementet uttrykker likevel at

”argumentet vil kunne gis en viss vekt i samvirke med andre argumenter av betydning”.¹⁹⁸

Et argument om hva arbeidslivet har innrettet seg etter vil i denne sammenheng i hovedsak komme arbeidsgiver til gode. Det vil være vanskelig å endre på regelverket og få det til å gjenspeile samfunnets utvikling dersom dette argumentet skal tillegges vekt. Som skrevet tidligere har ikke aldersdiskriminering vært oppfattet som noe problem før i senere tid og det synes selvfølgelig at arbeidslivet har innrettet seg etter det som inntil videre har vært uproblematisk. Det kan imidlertid ikke bety at en lovgiver ikke skal endre regelverket i takt med samfunnsutviklingen.

I forbindelse med hensiktsmessighets- og nødvendighetsvurderingen må det spørres om det går an å ta i bruk mindre inngripende midler for å sikre det legitime formål som regelen skal ivareta. Her vil det for eksempel kunne være aktuelt med individuell testing av

¹⁹⁷ Ot.prp 54 (2008-2009) 8.4.5.

¹⁹⁸ Ot.prp 54 (2008-2009) 8.4.5.

arbeidstakere som har fylt en bestemt alder i visse yrkesgrupper. Dette gjennomføres for eksempel for sjøfolk. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 6.4.1.1.

6.3.1.2.2 Proporsjonalt

Proporsjonalitetsvurderingen baserer seg i stor grad på de samme momenter for de to formålene, økt sysselsetting og helse og sikkerhet. Vurderingen drøftes således under ett.

Når en skal drøfte hvorvidt en aldersgrense er forholdsmessig, må det tas stilling til hvor hardt regelen rammer den eller de som blir utsatt for forskjellsbehandling, sammenlignet med hvordan situasjonene hadde vært dersom forskjellsbehandlingen ikke hadde funnet sted. I forbindelse med 70-årsgrensen blir spørsmålet om regelen er uforholdsmessig inngripende for 70-åringene som ønsker å arbeide, sammenlignet med den fordel vi oppnår med å praktisere regelen. Den uheldige virkningen av forskjellsbehandlingen som følge av 70-årsgrensen må avveies mot fordelene ved det saklige formålet som forskjellsbehandlingen er ment å fremme.

Lovgiver viser til at det er en svært liten andel sysselsatte som faktisk arbeider etter at det fyller 70 år. I 2006 var andelen sysselsatte i aldersgruppen 70 på 17,3 prosent mens andelen i aldersgruppen 70-74 år var på ca seks prosent. Dette illustrerer at en god del arbeidstakere forlater arbeidslivet i årene rundt 70 år, og gruppen som vil rammes av arbeidsmiljølovens 70års-regel er således liten totalt sett.¹⁹⁹

Det uttrykkes i videre at:

”Det faktum at noen vil ønske å arbeide lenger enn hva avgangsalderen tilsier, og at avgangsalderen vil få enkelte uheldige utslag, vil neppe føre til at en adgang for oppsigelse på grunn av alder og en adgang til å fastsette avgangsalder som sådan anses som uforholdsmessig inngripende.”²⁰⁰

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) punkt 8.4.4.

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) side 8.4.4.

Det at det kun er en begrenset mengde arbeidstakere som vil rammes av bestemmelsen, tilsier således at bestemmelsen ikke kan anses å være uforholdsmessig inngripende. Denne oppfatningen legger til grunn at det er antallet arbeidstakere som blir rammet av aldersgrensen som avgjør hvorvidt bestemmelsen er uproporsjonal.

Videre legges det til at:

”Den demografiske utviklingen tilsier at flere i fremtiden må jobbe lenger. Det er imidlertid ikke grunn til å tro at gjeldende aml. § 15-7 fjerde ledd (Nå 15-13 a) frarøver store grupper eldre arbeidstakere muligheten til å jobbe lenger. De fleste arbeidstakere slutter i arbeidslivet lenge før de er 70 år.”²⁰¹

Etter min oppfatning er denne uttalelsen et argument som trekker i retning av at aldersgrensen ikke er nødvendig. Samtidig er det viktig å huske på at den gruppen som velger å arbeide etter fylte 70 år ikke er en majoritet blant aldersgruppene i arbeidslivet. På den måten vil 70-årsregelen således noen gang neppe frarøve *store* grupper eldre arbeidstakere muligheten til å jobbe lenger. Slik jeg har oppfattet det, er det ikke dette som er poenget. -Diskrimineringsforbudet skal hindre at det forekommer diskriminering i arbeidslivet på alle plan, også for den enkelte arbeidstaker. Det at de som rammes av regelen er forholdsvis få, legitimerer ikke diskriminering og gjør 70-årsregelen proporsjonal. Regelen rammer de personene som faller i gruppen, og det er jo nettopp de som skal vernes mot slik diskriminering.

Et annet hensyn som kan tale i retning av at 70-årsgrensen *er* proporsjonal, er at medlemmer av folketrygden får utbetalt alderspensjon fra 67 års alder. På den måten kompenseres tapt lønnsinntekt med pensjonsutbetaling. Alderspensjonen består av hovedsakelig av grunnpensjon og tilleggspensjon.²⁰² Grunnpensjonen fastsettes på

²⁰¹ Ot.prp 54 nr. (2008-2009) punkt 8.4.3.

²⁰² Folketrygdloven av 28.02 1997 nr. 19 § 3-1.

grunnlag av trygdetid og er uavhengig av tidligere inntekt.²⁰³ Tilleggspersonen beregnes på grunnlag av tidligere pensjonsgivende inntekt uttrykt ved sluttpoengtallet, og ut fra hvor mange poengår vedkommende har.²⁰⁴ Tilleggspensjonens størrelse avhenger altså av hvor mange år vedkommende har opptjent pensjonspoeng og hvor høy arbeidsinntekten har vært. Det kan således hevdes at pensjonsutbetalingen sikrer at den økonomiske virkningen av forskjellsbehandling som følge av 70-årsregelen, ikke er uforholdsmessig. Den 70-årige arbeidstaker taper noe inntekt til fordel for å at vi oppnår et formål som for eksempel å sikre yngre en plass på arbeidsmarkedet. Her vil det kunne være store forskjeller på hvor uforholdsmessig dette virker for den enkelte, da størrelsen på pensjonen avhenger av tidligere lønn og antall år i arbeid. En aldersgrense for fratreden vil derfor ramme noen arbeidstakere hardere enn andre. Særlig vil dette gjelde kvinner som i større grad enn menn arbeider deltid²⁰⁵ eller er hjemmeværende med barn og således får opptjent færre pensjonspoeng. Aldersgrensen er således en regel som bidrar til at kvinner stilles dårligere økonomisk, sammenlignet med menn. Et mål om å oppnå reell likestilling møter derfor utfordringer også knyttet til aldersgrenser for fratreden.

Selv om pensjonssystemet er bygget opp på en slik måte at det skal sikre et innkomme som står i forhold til tidligere mottatt lønn, kan det likevel være stor forskjell på lønnsinntekt og pensjonsytelse. Aldersgrensen hindrer for eksempel også eldre en frihet til å velge å arbeide mer noen måneder for å tjene ekstra når det er behov for det. Det månedlige, økonomiske underholdet er derimot statisk med samme sum hver måned. Dette var aktuelt i Kyst Link-saken. Arbeidstakeren hadde der mulighet til arbeide overtid, og oppnådde således svært store lønninger enkelte måneder. På denne måten ble pensjonsytelsen svært liten sammenlignet med lønnsinntekt. Høyesterett tilla imidlertid ikke dette poeng noen vekt i avgjørelsen.

Et annet poeng når det gjelder proporsjonalitet, er at det nødvendigvis ikke er det økonomiske tapet som oppleves å være størst. For de arbeidstakere som gjerne ønsker å

²⁰³ Folketrygdloven § 3-2.

²⁰⁴ Folketrygdloven § 3-8.

²⁰⁵ Aune (2009) s 10.

fortsette å arbeide etter de har fylt 70 år, er det et stort sosialt tap å ikke kunne reise på arbeid hver dag. Å frata eldre, spreke, resurssterke mennesker retten til å arbeide kan være like krenkende som tapet av selve lønnen. Slik jeg oppfatter det skal det heller ikke være nødvendig å vise til betydelig dårligere økonomi for å få lov til å arbeide. Det kan være for eksempel sosiale eller faglige årsaker til at den enkelte ønsker å fortsette å arbeide.

Spørsmålet i denne sammenheng er hva som veier tyngst; å nå formålet om økt sysselsetting blant de unge eller å håndheve likebehandlingsprinsippet og ivareta en grunnleggende rettighet til arbeid for alle individer uavhengig av alder? Dersom Norge kommer i en situasjon som innebærer høy arbeidsledighet, vil en aldersgrense nok så utvilsomt være forholdsmessig, men så lenge den reelle situasjonen i Norge, og for øvrig store deler av resten av Europa, innebærer lav arbeidsledighet, og i mange bransjer mangel på arbeidskraft, er det tunge hensyn som veier i retning av at aldersgrensen er uforholdsmessig.

En oppsummering av den vurdering som er foretatt av arbeidsmiljølovens 70-årsregel kan være på sin plass. For det første kan det forutsettes at direktivet artikkel 2 samt arbeidsmiljøloven § 13-2, forbyr all forskjellsbehandling på grunn av alder. Det fremgår også av Mangold-dommen at medlemsstatene skal unngå å anvende bestemmelser som fører til ulik behandling av arbeidstakere på grunn av alder. Hvorvidt aldersgrensen kan rettferdiggjøres, avhenger av om den er nødvendig og hensiktsmessig for å oppnå et legitimt formål som ikke er uforholdsmessig inngripende, jf direktivet artikkel 6 første ledd og arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd. Det fremgår av Palacios-dommen og Petersen-dommen at EU-domstolen er svært forsiktige med å bedømme statenes behov for en regel som er begrunnet i et legitimt formål. Det legges stor vekt på at statene selv kjenner egen arbeidsmarkedspolitik og utviklingen i arbeidsmarkedet best. Dette får betydning når lovgiver begrunner den alminnelige aldersgrense i et behov om å ivareta et stabilt og lavt arbeidsledighetsnivå. Den politiske diskusjonen om hvorvidt dette er en godt begrunnet, er en annen diskusjon.

Med utgangspunkt i de nevnte hensyn i proporsjonalitetsvurderingen, er det likevel usikkert at aldersgrensen er lovlig etter EU-retten, sett i forhold til de hensyn som veier i retning av å ivareta likebehandlingsprinsippet på arbeidslivets område.

6.3.1.3 Vurderinger knyttet til ny utforming av 70-årsregelen.

Utformingen av 70-årsregelen ble endret med virkning fra 1.januar 2010. Lovgiver bestemte å opprettholde regelen om at arbeidsmiljølovens stillingsvernprinsipp ikke skal gjelde for arbeidstakere som har fylt 70 år, dog i en ny språkdrakt.

Før endingen var bestemmelsen hjemlet i §15-7 fjerde ledd første punktum som lød slik:

”Oppsigelse med fradtreden før fylte 70 år som alene skyldes at arbeidstaker har nådd pensjonsalder etter folketrygdloven, skal ikke anses å være saklig begrunnet.”

Ordlyden var formulert som et forbud mot oppsigelse som alene skyldes at arbeidstaker har nådd pensjonsalder etter folketrygden. Dagens regel presiserer derimot at uttrykkelig at arbeidsforholdet lovlig kan bringes til opphør, uten annen grunn enn at arbeidstaker har fylt 70 år. §15-13 a lyder slik:

”(1) Arbeidsforholdet kan bringes til opphør når arbeidstaker fyller 70 år. Lavere aldersgrense kan følge av annet grunnlag når grensen er saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende, jf. § 13-3 andre ledd.”

Betydningen av reglene er det samme, men formuleringen er i stor grad endret.

Forarbeidene gir så vidt jeg kan se, ingen forklaring på den språklige endringen.²⁰⁶

Bestemmelsen sender signaler til lovanvenderen om at det alder er et saklig grunnlag for

²⁰⁶ Ot.prp. nr 54 (2008-2009).

oppsigelse, noe som ikke bidrar til å endre våre stereotype holdninger mot eldre som arbeidstakere. Endringen og er således, etter min oppfatning, en uheldig løsning.

6.4 Særaldersgrensen i Sjømannsloven § 19. første ledd nr 6

Regelen om bortfall av sjømenns stillingsvern ble første gang inntatt i sjømannsloven av 17. juli 1953 § 71. I likhet med arbeidsmiljøloven er bestemmelsen begrunnet ut i fra pensjonsmessige hensyn.²⁰⁷ I dag lyder bestemmelsen slik:

”Oppsigelse med fratrede før fylte 62 år som alene skyldes at sjømannen har rett til pensjon etter lov av 3. desember 1948 nr. 7 om pensjonstrygd for sjømenn, skal ikke ansees å ha saklig grunn. Det er adgang til på forhånd i tariffavtale å bestemme fratrede før fylte 62 år.”

Av ordlyden fremgår det at oppsigelse ikke saklig kan begrunnes i at sjøfolk har rett til sjømannspensjon før fylte 62 år. Annet punktum åpnet imidlertid opp for at det kan avtales lavere alder i tariffavtale. Sjømannsloven stiller sjøfolk i en dårligere situasjon sammenlignet med arbeidsmiljølovens alminnelige aldersgrense, ved å anvende en betydelige lavere særaldersgrense for opphør av oppsigelsesvernet.

I likhet med arbeidsmiljøloven innebærer ikke sjømannsloven *plikt* til å fratre. Det er stillingsvernet som opphører og gir arbeidsgiver anledning til å si opp arbeidstaker begrunnet i oppnådd pensjonsalder. Dette fører til ulik behandling på grunn av alder og er således uforenlig med diskrimineringsforbudet. Diskrimineringsforbudet i sjømannsloven finnes i § 33. Første ledd lyder slik:

”Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemning eller alder er forbudt.”

I følge § 33 gjelder forbudet alle sider ved arbeidsforholdet, herunder blant annet opphør av arbeidsforhold. På samme måte som arbeidsmiljøloven og direktivet stiller også

²⁰⁷ Inst. O.VIII. (1953) side 23.

sjømannsloven opp unntak fra diskrimineringsforbudet. For alder er det § 33 B annet ledd gjør seg gjeldende. Unntaket lyder slik:

”Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder eller diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt.”

Utformingene av diskrimineringsbestemmelsene er identiske med arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Det avgjørende for om aldersgrensen på 62 år i sjømannsloven § 19 på er lovlig opprettholdt, avhenger slik som for 70-årsregelen i arbeidsmiljøloven, av om den oppfyller vilkårene i unntaksbestemmelsen § 33 B annet ledd. Spørsmålet om lovligheten av § 19 nr 1 sjette ledd har vært oppe for Høyesterett i Nye Kystlink AS-saken. Høyesterett avgjorde at bestemmelsen ikke var i strid med aldersdiskrimineringsbestemmelsen. Saken ble imidlertid dissentert og spørsmålet kan trolig ikke sies å være avklart.

Sjømannslovens forarbeider begrunner bortfallet av stillingsvernet med at

”Forholdene til sjøs og til lands er ikke fullt ut sammenlignbare på dette punkt. 24-timers samfunnet til sjøs, med antatt større psykisk og fysisk arbeidspress enn til lands har begrunnet de spesielt strenge helseforskrifter...”²⁰⁸

6.4.1 Legitimt formål

Formålet er ikke uttrykkelig angitt, men det må forutsettes at det er hensynet til helse og sikkerhet som er formålet med den lave aldersgrensen for opphør av stillingsvernet. Et slik formål er som tidligere skrevet, helt klart saklig. Det må imidlertid legges vekt på at diskrimineringsforbudet stiller strenge krav til formålets begrunnelse. I følge Age Concern

²⁰⁸ Ot.prp nr 26 (1984-1985) side 11.

avsnitt 67, er det ikke tilstrekkelig å gi generelle betraktninger av behovet for begrensningene av diskrimineringsvernet. Dommen uttrykker også at det påhviler medlemsstaten å bevise at det gitte formål kan berettigje tiltaket. Det betyr at det må påvises konkret at aldersgrensen er egnet til å fremme formålet. Så vidt jeg kan se er det ikke gitt noe slik konkret begrunnelse i forarbeidene, men det må forutsettes at det er sjøfolks psykiske og fysiske arbeidspress som utgjør begrunnelsen for aldersgrensen. Dette må antas å være legitimt. Det må imidlertid bemerkes at aldersgrensen er svært lav, og lovgiver bør av den grunn utrede hvilke påkjenninger som forutsetter at arbeidstakere som har fylt 62 år, ikke kan utsettes for. Dette er en aldersgrense som er begrunnet i 1953 da bestemmelsen første gang ble inntatt i loven. Det ble ikke foretatt nye vurderinger av aldersgrensen i forbindelse med innføringen av diskrimineringsforbudet i sjømannsloven i 2007.

6.4.1.1 Nødvendig og hensiktsmessig

Det neste spørsmålet blir hvorvidt den lave aldersgrensen i sjømannsloven er nødvendig og hensiktsmessig for å oppnå formålet om å ivareta helse og sikkerheten til sjøs. Stilt på en annen måte; egner aldersgrensen seg til å ivareta dette formålet?

Lovgiver uttrykker i forarbeidene at det er nødvendig og hensiktsmessig med en lavere aldersgrense på bakgrunn av de strenge helse- og sikkerhetsforskriftene. På den ene siden kan det hevdes at sjømannsyrket innebærer både kroppslig og mental påkjenning, og for å sikre at det kun er de som tåler denne påkjenningen som er i arbeid, er det nødvendig å fjerne en gruppe som med større sannsynlighet ikke takler en slik påkjenning. På den annen siden har det vært hevdet at forskjellen på et arbeidssituasjonen til sjøs og på land har blitt mindre. Dette ble også bemerket av Høyesteretts flertall i Nye Kyst Link-saken.²⁰⁹ Det må poengteres at flere av yrkene til sjøs er av samme karakter som på land. Det foreligger trolig ingen realitetsforskjell mellom å arbeide som for eksempel bartender på en båt og på land. Dersom hensynet om at det er en for stor påkjenning for arbeidstakere over 62 år å

²⁰⁹ Se dommen, avsnitt 69.

arbeide til sjøs skal tillegges vekt, vil det føre til at det er alderen som vektlegges, ikke arbeidstakers evne og prestasjon. Sakkyndige²¹⁰ i Nye Kyst Link-saken uttalte at det ikke foreligger noe helse- og sikkerhetsmessig grunnlag for dagens 62-års aldersgrense.

Det bør også bemerkes at arbeidstakere som har sitt arbeidsforhold regulert av sjømannsloven må gjennom strenge sikkerhetstester etter fylte 50 år. På denne måten sikres at arbeidstakere bestandig tilfredsstiller de krav som stilles til helse og sikkerhet. Det ville for øvrig være mer naturlig å innføre slike helse- og sikkerhetskrav for alle yrker som innebærer store psykisk og fysiske påkjenninger, ikke bare for de over 50 år.

I enkelte tilfeller har det forekommet at arbeidstaker samtidig med oppsigelse begrunnet i oppnådd pensjonsalder, har fått kontrakt på midlertidig ansettelse i samme stilling.²¹¹ Dette illustrerer at det ikke er helse og sikkerhet som er den reelle begrunnelsen for aldersgrensen. I disse tilfellene vil formålet om helse og sikkerhet trolig ikke være legitimt, da aldersgrensen i realiteten er fastsatt begrunnet i andre hensyn. Det må derfor skilles mellom lovgivers formål og arbeidsgivers formål. Dette kommer jeg tilbake til i neste kapittel.

Sjømannslovens aldersgrense må forutsettes å være opprettholdt av andre enn hensyn sammenlignet med den alminnelige aldersgrense i arbeidsmiljøloven. På bakgrunn av at det i dag gjennomføres strenge sikkerhetsforskrifter for ansatte i sjøfart, blir formålet om helse og sikkerhet ivaretatt på denne måten. Det er således verken nødvendig eller hensiktsmessig med en aldersgrense som skal ivareta et formål som kan oppnås på en mindre inngripende måte for arbeidstagerne. Dette er en av forutsetningene for nødvendighets- og hensiktsmessighetsvurderingen. Vurderingen av om 62-års regelen oppfyller vilkåret om proporsjonalitet må derfor foretas subsidiært.

²¹⁰ Sjømannslege Emmie Knudzon, sakkyndig i Nye Kyst Link-saken i tingretten og lagmannsretten.

²¹¹ Dette var tilfelle i Nye Kystlink AS-saken Rt.2010 side 202.

6.4.1.2 Proporsjonalt

For proporsjonalitetsvurderingen vil de samme hensyn som for 70-årsgrensen gjelde. For sjøfolk må det i tillegg tas hensyn til det faktum at alderspensjonen utregnes på bakgrunn av pensjonspoeng, altså antall yrkesaktive år, gjør aldersgrensen på 62 år særlig urimelig. Sammenlignet med arbeidstakere som reguleres av arbeidsmiljøloven, oppnår sjøfolk åtte år mindre inntjening av pensjonspoeng. Dette er også omtalt i juridisk teori:

”Generelt sett må de samfunnsmessige betenkeligheter ved en særskilt aldersgrense gjøre seg gjeldende med større styrke, dess lavere aldersgrensen måtte være; bl.a. fordi perioden med passiv mottak av pensjon vil bli lengre for den enkelte, men påfølgende økt belastning på den totale samfunnsøkonomi.”²¹²

Til sist må det også her nevnes at det ikke er de økonomiske hensyn alene som skal vurdere forholdsmessigheten, det må også tas hensyn til de arbeidstakerens ønske og gleden av å arbeide.

På bakgrunn av denne gjennomgangen er det nærliggende konkludere med at sjømannslovens særaldersgrense på 62 år ikke lar seg rettferdiggjøre i henhold til unntaksbestemmelsens kriterier. Høyesterett har som sagt også vurdert lovligheten av sjømannsloven § 19 (1) sjette ledd, og flertallet kom frem til et annet resultat.

6.4.2 Høyesterettsdommen; Nye Kyst Link-saken

Høyesterett har i februar 2010 avgjort Norges første sak vedrørende aldersdiskriminering, nærmere bestemt sjømannslovens aldersgrense for fratredelse, jf. § 19 (1) sjette ledd. Jeg vil i det følgende gi en redegjørelse for dommen, dens argumentasjon og anvendelse av rettskilder.

Saken gjelder oppsigelse som følge av alder. Eikhaugen ble våren 2008 oppsagt som skipselektriker i selskapet Nye Kystlink AS. Rederiet hadde kort tid forut besluttet å

²¹² Upublisert notat av Henning Jakhelln, 30. November 2009.

innføre en generell øvre aldersgrense på 62 år. Hensynet bak aldersgrensen var rasjonalisering, samtidig som de mente at sjømannsloven § 19 (1) sjette ledd gjorde det lovlig å si opp ansatte ved fylte 62 år. Et spesielt moment i saken var at Eikhaugen ble ansatt i rederiet etter at han var fylt 62 år, samt at han ble tilbudt midlertidig ansettelse etter oppsigelsen.

På grunnlag av påstått ugyldig oppsigelse, gikk Eikhaugen med støtte av Fellesforbundet for sjøfolk, til sak mot Nye Kystlink våren 2008. Eikhaugen fikk ikke medhold verken i tingretten eller lagmannsretten. Lagmannsrettens avgjørelse ble anket på bakgrunn av påstått feil rettsanvendelse.

Oppsigelse utelukkende begrunnet i alder, er direkte diskriminerende, jf. sjømannsloven § 33 B annet ledd. Den rettslige problemstillingen saken reiser, gjelder spørsmålet om oppsigelse på grunn av alder med hjemmel i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd, likevel kan være lovlig i medhold av unntaksbestemmelsen i sjømannsloven § 33 B annet ledd.

Sjømannsloven § 19 nr 1 sjette ledd gir arbeidsgiver hjemmel til å si opp arbeidstaker som har fylt 62 år.²¹³ Unntaket i § 33 B gir som kjent adgang til å forskjellsbehandle dersom det er nødvendig og hensiktsmessig for å nå et saklig formål som ikke er uforholdsmessig inngripende for den som forskjellsbehandles. Eldre underrettspraksis fra tiden før 2007, i stor grad akseptert oppsigelser utelukkende begrunnet i alder, men spørsmålet var hvorvidt denne oppfatningen er forenlig med ny diskrimineringsrett.

Høyesteretts flertall kom frem til at aldersgrensen på 62 år i Sjømannsloven § 19 nr.1 sjette ledd ikke strider mot diskrimineringsforbudet i artikkel 6 nr. 1 i direktiv 2000/78/EF, eller sjømannsloven § 33 B annet ledd. Oppsigelsen ble således ansett gyldig. Begrunnelsen for resultatet er at formålet med aldersgrensen er å ivareta helse- og sikkerhetsmessige hensyn, og at det beror på lovgivers bevisste valg da det i 2007 ble avgjort å opprettholde aldersgrensen ved siden av diskrimineringsforbudet. For å komme frem til avgjørelsen tok

²¹³ Se ordlyd i punkt 6.2.4

retten særlig stilling til to hovedspørsmål. Det første spørsmålet dreide seg om hvilke rettskilder som skal anvendes for å løse spørsmålet om sjømannsloven § 19 nr 1 sjette ledd er lovlig forskjellsbehandling. Nærmere bestemt avgjorde retten hvilken rettskildemessig vekt EU-direktivet med tilhørende rettspraksis skal tillegges ved tolkning og anvendelse av nasjonal lov. Det andre spørsmålet er det selve saken dreier seg om, nemlig hvorvidt aldersgrensen i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd kan opprettholdes i medhold av unntaksbestemmelsen artikkel 6 i direktivet og i sjømannsloven § 33 B annet ledd. Dersom aldersgrensen er lovlig, er oppsigelsen av Eikhaugen gyldig begrunnet under henvisning til unntaksbestemmelsen.

Jeg går først inn i spørsmålet der flertallet vurderer EU-direktivets rettskildemessige status i Norge. Bakgrunnen for at høyesterett tar opp dette spørsmålet er at Norge implementerte diskrimineringsreglene i norsk lovgivning uten å være forpliktet til det gjennom EØS avtalen. EØS/EFTA landene kom som forklart i kapittel 4, ikke til enighet om å implementere reglene i EØS avtalen. Stortingets begrunnelse for likevel å implementere direktivet i norsk lovgivning var et uttrykt ønske om at nasjonal rett skulle være minst på høyde med EU vedrørende vern mot diskriminering i arbeidslivet.²¹⁴

Spørsmålet som da melder seg for Høyesterett er hvorvidt Stortinget ikke bare ønsket å implementere direktivets bestemmelser i sjømannsloven, men også EU-domstolens *praksis* i saker vedrørende aldersdiskriminering.

Ettersom Norge ikke var folkerettslig forpliktet til å inkorporere diskrimineringsforbudet etter EU-direktivet, sto Stortinget ved implementeringen fritt til å bestemme i hvilken grad diskrimineringsbestemmelsene skulle innføres som norsk lov. Lovgiver valgte imidlertid å videreføre sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd skulle videreføres til tross for at diskrimineringsforbudet ble innført. Dette kan tolkes i retning av at lovgiver ikke ønsket at Norge skulle forpliktes til EU-direktivet og EU-domstolens tolkning.

²¹⁴ Les om dette i punkt 6.3

Dersom Norge ikke anses å være forpliktet etter direktivet, står de to norske reglene mot hverandre, og saken må følgelig løses av nasjonale motstridsregler. Høyesteretts flertall uttrykker at dersom dette er tilfelle vil aldersgrenseregelen i § 19 da veie tyngre enn diskrimineringsforbudet i § 33, sett i lys av *lex specialis*-prinsippet. Flertallet anerkjenner at en slik betraktning *kan* anføres for at direktivet og praksis knyttet til det, ikke får betydning som rettskilde, uten at de tar nærmere stilling til dette.²¹⁵

Videre uttrykker flertallet at de finner det uklart hva lovgiver har ment vedrørende anvendelsen av EU-direktivet og EU-domstolens tolkning. Etter en gjennomgang av forarbeider om innføring av tilsvarende aldersgrenser i arbeidsmiljøloven, finner flertallet at Stortinget har ment at domstolen skal avklare lovligheten aldersgrenseregelen dersom det oppstår tvist om det²¹⁶. Med bakgrunn i gjennomgangen av forarbeidene til arbeidsmiljøloven finner Høyesteretts flertall ikke at departementet ved innføringen av diskrimineringsbestemmelsene anså sjømannsloven for å være i strid med direktivet.

Høyesteretts flertall uttrykker i premiss 56 at det derfor er nødvendig at domstolene vurderer spørsmålet på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen. Slik jeg ser det, har Høyesterett prinsipielt uttalt at spørsmål om bruk av øvre aldersgrenser i lovgivningen, skal direktivet og rettspraksis knyttet til det, anvendes som rettskilder også i norsk rett på tross av at vi ikke er forpliktet til det gjennom EØS-avtalen.

En interessant digresjon i denne sammenheng er Graver-utvalgets uttalelse om gjennomføringen av aldersdiskrimineringsforbudet i NOU 2009:14. Utvalget uttalte følgende:

”Norge er uansett ikke rettslig bundet av eventuelle regler om aldersdiskriminering i EU-retten, da dette faller utenfor EØS-avtalen. Norge deltok imidlertid i EUs handlingsprogram om ikke-diskriminering... Da Norge i 2004 tiltrådte handlingsprogrammet ble det fra Norsk side erklært at

²¹⁵ Se dommen premiss 50.

²¹⁶ Ot.prp. (2005-2006)

det er ønskelig at norsk lovgivning er i overensstemmelse med direktivene. Det kan derfor anføres at Norge er politisk bundet til å ”skygge” EUs lovgivning på dette området.

Etter utvalgets vurdering innebærer imidlertid det at vi ikke er rettslig bundet, at vi kan velge å stille oss noe friere ved gjennomføringen av forbudet mot aldersdiskriminering også på arbeidslivets område.”²¹⁷

Etter min oppfatning står dette i klar motsetning til Høyesteretts uttalelse i dommen. Flertallet legger stor vekt på forarbeider i spørsmålet om EU direktivet, men unnlater likevel å nevne de siste forarbeider knyttet til direktivet. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på denne vurderingen her.

Videre går Høyesteretts flertall inn på andre hovedspørsmål, om sjømannsloven § 19 nr 1 sjette ledd innebærer ulovlig diskriminering. Jeg vil i det følgende foreta en redegjørelse av flertallets rettskildebruk og resultat.

Høyesterett går først inn i direktivet og rettspraksis. Det slås fast at det foreligger større adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder enn for andre diskrimineringsgrunner, jf. direktivet artikkel 6, og fortalen artikkel 25. På bakgrunn av EU-domstolens praksis, herunder dommen Age-Concern²¹⁸, tilkommer det den nasjonale domstol å etterprøve om aldersdiskriminerende regler har legitime formål og er hensiktsmessige og nødvendige, jf. vilkårene i unntaksbestemmelsen direktivets artikkel 6. Høyesterett påpeker videre at i følge Age Concern er det myndighetene som har bevisbyrden for at den omtvistede diskriminerende regel i realiteten dekker et legitimt formål, jf premiss 67. Helse og sikkerhetsmessige hensyn, som sjømannsloven § 19 hevdes å ivareta, er i følge Høyesterett et tilstrekkelig legitimt formål for å rettferdiggjøre forskjellsbehandling på grunn av alder. I premiss 68 uttrykker retten at sikkerhet må tolkes i vid forstand slik at både skipets sikkerhet og mannskapets sikkerhet omfattes av begrepet ”sikkerhet”.

²¹⁷ NOU 2009:14 side 198.

²¹⁸ C-388/07

Flertallet går inn i dommen *Age Concern*, og vurderer EU-domstolens uttalelse om på hvilken måte nasjonale domstoler skal forholde seg til domstolskontrollen. Høyesterett har derimot valgt å ikke så på hvordan lignende spørsmål materielt sett er løst av EU-domstolen. Dommen *Age Concern* gir klare holdepunkter for den rettslige materielle fremgangsmåten om hvordan kartlegge innholdet av aldersdiskrimineringsvernet. Særlig med tanke på at høyesterett tidlig i dommen fastslår at det er nødvendig å vurdere spørsmålene i denne saken på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen, kan flertallets resultat fremstå som en noe ufullstendig bruk av rettspraksis.

Høyesterett går i stor grad inn i forarbeider for å søke en forklaring på hva som var lovgivers vilje i forbindelse med fastsettelsen av diskrimineringsforbudet. Ved innføringen av antidiskrimineringsbestemmelsen i Sjømannsloven i 2007 foretok lovgiver²¹⁹ en vurdering av om sjømannsloven § 19 strider mot direktivets diskrimineringsforbud art. 6 nr. 1. Lovgiver kom frem til at grensen på 62 år ikke var ulovlig diskriminerende i henhold til direktivet med begrunnelse i sjømanns yrkets art og de belastninger dette medfører. Det ble imidlertid ikke foretatt noen ny vurdering av de reelle arbeidsforholdene med hensyn til sikkerhet for sjømenn ved innføringen av forbudet. Konklusjonen om sjømannsyrkets belastninger baserer seg på vurderinger i forarbeider til en tilsvarende bestemmelse i sjømannsloven av 17. juli 1953 nr. 25. Det var den gang bred enighet i departementet om at sjømannsyrkets store påkjenning og risiko ikke tilsa at et yrkesliv på sjøen var egnet for eldre arbeidstakere, og det krevde således lavere pensjonsalder enn mange andre yrker. Videre er begrunnelsen for § 19 gitt i nyere forarbeider²²⁰ som også ga lovens nåværende ordlyd. Her uttrykkes det også at de belastninger sjømannsyrket innebærer, tilsier at det er naturlig å operere med en lavere aldersgrense for fratreddelse.

Høyesteretts flertall understreker at statene har en vid skjønnsmargin innenfor rammene av den nasjonale rett, vedrørende hva som kan anses å være et legitimt formål for å

²¹⁹ Ot.prp. 85 (2005-2006).

²²⁰ Ot.prp. nr. 26 (1984-1985).

opprettholde en slik diskriminerende regel. Lovgiver foretok i 2007 et *bevisst valg* da det ble vedtatt at aldersgrensen i § 19 nr 1 sjette ledd skulle opprettholdes ved siden av det nye diskrimineringsforbudet i § 33, begrunnet i at helse- og sikkerhetsmessige aspekter ved sjømannsyirket er tilstrekkelig legitime formål for å oppfylle kravene til lovlig forskjellsbehandling. Førstvoterende understreker også at Norge strengt talt ikke var folkerettslig forpliktet til å inkorporere direktivet. Hevdes av flertallet at det av den grunn bør særlig tilbakeholdenhet med å sette tilside den vurdering som lovgiver gjorde da aldersgrensen i § 19 (1) sjette ledd i 2007 ble besluttet opprettholdt. Det er dette som etter min oppfatning er det sentrale i flertallets uttalelse. Flertallet legger med dette stor vekt på forarbeider som rettskilde, noe som tilslutt avgjør saken. Dersom jeg oppfatter flertallet korrekt, baserer avgjørelsen seg på at lovgiver har tatt stilling til om § 19 er regel som oppfyller formålet om helse og sikkerhet i sjømannsyirket. Det formodes at formålet ivaretas da sjømannsyirket stiller store krav til både psykisk og fysisk kapasitet. Høyesteretts flertall slutter seg til dette.

Jeg vil i følgende komme med noen bemerkninger til flertallets uttalelser og anvendelse av unntaksbestemmelsen i sjømannsloven § 33 B annet ledd og direktivet art 6.nr 1.

Høyesterett fastslår tidlig at EU- retten kommer til anvendelse i forbindelse med fastsettelsen av innholdet i diskrimineringsforbudet. For å avgjøre om en regel som forskjellsbehandler er ulovlig eller ikke, er det nødvendig å gå inn i unntaksbestemmelsen og drøfte vilkårene.

Unntaket i sjømannsloven § 33 B og direktivet art 6 nr. 1 sier at forskjellsbehandling kan være tillatelig dersom det er *nødvendig* for å oppnå et *saklig formål* og som ikke er *uforholdsmessig* inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles.

Flertallet drøftet formålet i lys av forarbeidene, og det er også til en viss grad tatt stilling til forholdsmessigheten. Derimot har ikke flertallet, etter min oppfatning, vurdert hvorvidt aldersgrensen på 62 år er *nødvendig* og *hensiktsmessig* for å oppnå formålet om helse og

sikkerhet. I følge unntaksbestemmelsen er det som tidligere presisert, nødvendig at alle vilkårene er oppfylt. Det er således ikke tilstrekkelig at vilkåret om legitimt formål er oppfylt dersom det ikke er nødvendig og hensiktsmessig å opprettholde regelen for å nå formålet. Det kan se ut som Høyesteretts flertall ikke tilstrekkelig har anvendt de avgjørende vilkår for å avgjøre om det foreligger lovlighetsforskjells behandling. Dersom dette er tilfelle, foreligger det feil i Høyesteretts lovanvendelse. Dersom domstolene ikke skal gå inn i de nødvendige vilkår for å stadfeste hvorvidt en nasjonal regel er lovlig eller ikke, vil diskrimineringsforbudet i stor grad miste sin realitet.

Etter min oppfatning er det vanskelig å argumentere for at en aldersgrense på 62 er nødvendig av hensyn til et formål om helse og sikkerhet. Det vil i tilfelle være det samme som å forutsette at alle blir syke i en alder av 62 år og således er en fare for andre og seg selv. En må ta i betraktning at det har skjedd store helsemessige endringer i befolkningen de siste tiår. Sjømenn over 50 år må i henhold til strenge sikkerhetsforskrifter hvert år gjennomgå en omfattende legeundersøkelse som må bestå for å kunne fortsette å arbeide til sjøs, og Norge er det eneste landet i verden som har en slik lav aldersgrense som 62 år. Sammenlignet med landbasert elektrikere må en elektriker som har sin arbeidsplass ombord på båt/skip forlate yrket 7 år tidligere. I lys av dette stilles det altså strengere krav til helse og sikkerhet for elektriker som arbeider om bord på båt. I realiteten skiller arbeidsoppgavene til en elektriker på land og til sjøs fra hverandre, men det er tvilsomt at en skipselektriker mister evnen til å utføre sitt yrke tidligere enn andre elektrikere.

Vi lever stadig lengre og vi holder oss friskere. Formålet med regelen er å ivareta helse og sikkerhet, og det kan anføres at en alder 62 år er lite egnet grense å sette for å ivareta dette formålet. Sjømannsyrket stiller ifølge forarbeidene krav til ”yrkets art og de belastninger dette medfører”, men det kan argumenteres med at det er syke og svake som ikke kan fylle disse kravene, uavhengig hvilken alder vedkommende har. Det er således verken *nødvendig* eller *hensiktsmessig* med en aldersgrense på 62 for å nå formålet om helse og sikkerhet. Det minnes også om at Eikhaugen ble tilbudt midlertidig ansettelse etter oppsigelsen, noe som

poengterer at den reelle begrunnelsen for formålet trolig ikke er av helse og sikkerhetsmessige hensyn.

Et annet vurderingstema i forbindelse med denne saken, er hvorfor Høyesterett gikk inn i spørsmålet om å anvende direktivet og konkluderte bekreftende på det, når resultatet av dommen gir et dårligere diskrimineringsvern enn en avgjørelse hos EU-domstolen ville ført til. En kan få inntrykk av at store deler av dommen er et obiter dictum i og med at retten går inn i spørsmål om EU-direktivet som i realiteten ikke får betydning for saken.

Jeg går nå over til å kommentere mindretallets uttalelse. Mindretallet fremhever at det ikke foreligger nåtidige undersøkelser som kan forsvare en aldersgrense på 62 år, og kom til at det ikke forelå

”tilfredsstillende grunnlag for å konkludere med at aldersgrensen også i dag tjener legitime hensyn, og er egnet, nødvendig og forholdsmessig.”

Det er i følge mindretallet ikke tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen begrunnes under forhold som var velgrunnet i sin tid, dersom det er skjedd endringer i de reelle forhold knyttet til aldersgrensen. Forskjellsbehandling som ikke lenger er nødvendig eller forholdsmessig bør ikke lovlig kunne opprettholdes under henvisning til fortidens behov.

Etter min oppfatning er det mindretallets vurdering i Eikhaugen-dommen som er korrekt. Den er dynamisk og peker fremover i diskrimineringsvernets utvikling. Jeg tror lovgiver i lys av dommen snart vil foreta en oppdatert og grundig vurdering av hvorvidt 62-års grensen lenger lar seg forsvare i lys av samfunnsutviklingen på dette området.

6.5 Avtalebestemte aldersgrenser og aldersgrenser som følge av langvarig praksis

Det forekommer at det i arbeidsavtaler, både individuell- og tariffavtale, fastsettes en særskilt, tvungen aldersgrense for fratreden som er lavere enn 70-årsgrensen i arbeidsmiljøloven. Det hender også at bedrifter praktiserer en fast aldersgrense for avgang for sine ansatte uten at denne er fastsatt i avtale. Flere bedrifter opererer foreksempel med en klausul om særaldersgrense som er fastsatt i bedriftens personalhåndbok.²²¹ Dette henger sammen med at medlemmer av folketrygden har krav på pensjon fra 67 års alder. Slik som arbeidsmiljøloven § 15-13 a annet ledd er utformet, er det anledning til å operere med en lavere aldersgrense enn 70-årsaldersgrensen. Den lavere aldersgrense må imidlertid oppfylle vilkårene i arbeidsmiljølovens unntaksbestemmelse § 13-3, som igjen må tolkes i tråd med EU-direktivet 2000/78.

Av arbeidsmiljøloven § 15-13 a annet punktum følger det at:

”Lavere aldersgrense kan følge av annet grunnlag når grensen er saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende, jf. § 13-3 andre ledd.”

Bestemmelsen er ny etter vedtakelsen av § 15-13 a, men det innebærer ingen endring av den gjeldende rett. Også før bestemmelsen ble vedtatt var det adgang til å fastsette lavere aldersgrenser. Ordlyden ”annet grunnlag” omfatter både arbeidsavtale, tariffavtale, arbeidsreglement og bedriftspensjonsordning²²². Vurderingen av hvorvidt en aldersgrense som er hjemlet i de nevnte grunnlag, er i stor grad lik som vurderingen av lovbestemte aldersgrenser. Det fremgår også av forarbeidene at:

”hvorvidt en tvungen avgangsalder er i tråd med diskrimineringsregelverket eller ikke, blir en konkret vurdering av den enkelte ordning, basert på vilkårene i unntaksbestemmelsen...”²²³

²²¹ Gjensidige tapte nettopp en sak i tingretten. De har praktisert en aldersgrense på 68 år.

²²² Ot.prp 54 (2008-2009) s 86.

²²³ Ot.prp 54 (2008-2009) punkt 8.3.3.

For aldersgrenser med grunnlag i avtaler og bedriftsintern praksis vil imidlertid noen hensyn sterkere gjøre seg gjeldende i vurderingen av rettfærdiggjørelsen sammenlignet med aldersgrenser i lov. Det store skillet er at det er bedriften som har et formål som må nås ved bruk av aldersgrensen. Det betyr at de hensyn som taler for en aldersgrense i avtaler og som følger av praksis ofte er å finne i en noe mindre målestokk sammenlignet med lovbestemte aldersgrenser. Vurderingen av særaldersgrenser i avtaler og praksis er trolig enklere å vurdere for håndhevingsorganene da det gjerne er enklere å ta stilling til den konkrete situasjon. Hvorvidt en aldersgrense er nødvendig eller hensiktsmessig for å oppnå et legitimt formål i bedriften, må altså vurderes på bakgrunn av bedriftens interne formål. Det forutsettes i forarbeidene til arbeidsmiljøloven at det er opp til domstolene å avgjøre hvorvidt en særaldersgrense er lovlig i det enkelte tilfellet.²²⁴

6.5.1 Legitimt formål

Når det gjelder spørsmål om det legitime formål, er det som tidligere skrevet, avgjørende at formålet er av allmenn, sosialpolitisk interesse og at de skiller seg fra rent individuelle begrunnelser.²²⁵ Det avgjørende for om en bedrift kan fastsette øvre aldersgrenser for fratreddelse for sine ansatte, er altså at målet som nås ved bruk av aldersgrensen har betydning utover bedriftens eget behov. Et behov som typisk kan melde seg er bedriftens mål om et ungt arbeidsmiljø med fleksible ansatte. Dette er ikke legitimt.

Som skrevet i kapittel 5 uttrykte imidlertid EU-domstolen i *Age Concern* at det mellom parter i en arbeidsavtale, må gis en viss fleksibilitet i forhold til hva som kan anses å være legitimt formål. Det må riktignok foreligge en kombinasjon av allmenne og bedriftsrelaterte hensyn. Med dette menes at en arbeidsgiver må gis en viss anledning til å avtale en aldersgrense for fratreddelse selv om formålet med diskrimineringen ikke i like stor grad er av allmenn interesse. Omkostninger og bedring av konkurranseevnen til en

²²⁴ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 196-197.

²²⁵ *Ace Concern* premiss 46.

bedrift er imidlertid som utgangspunkt, ikke legitime formål.²²⁶ Utover dette er det usikkert hvilke krav som stilles for at formålet skal anses å være legitimt.

Gjensidige-dommen²²⁷ gjaldt som tidligere skrevet spørsmålet om bedriftens interne aldersgrense er lovlig etter aldersdiskrimineringsforbudet. Tingretten tolker uttalelsen i Age Concern og utleder at dersom formålet kun vil komme *noen* (min kursivering) yngre arbeidstakere til nytte, er ikke det tilstrekkelig for å anse aldersgrensen for å ivareta et samfunnsmessig problem. Retten tilføyer at svært mange bedrifter vil kunne påberope seg de samme hensyn dersom dette skal anses å oppfylle kravene til saklig formål.

Også Statoil-dommen omhandlet spørsmålet om bedriftsintern aldersgrense. Tingretten viste til forarbeidene som sa:

”Departementet legger til grunn at en aldersgrense som innebærer plikt til fratrede kan opprettholdes i den grad den kan ses som saklig begrunnet og hensiktsmessig for å ivareta nødvendige helse- og sikkerhetsmessige hensyn i henhold til unntaksbestemmelsen i § 54 D nr. 3.”²²⁸

Basert på blant annet denne uttalelsen utledet retten at formålet må være å ivareta helse og sikkerhetsmessige hensyn for å anses å være legitime. Til dette har lovgiver svart at en slik tolkning av forarbeidene synes å være for snever. Lovgiver påpeker videre at helse- og sikkerhetsmessige hensyn i kun er et av flere mulige grunnlag for bedriftsinterne aldersgrenser.

I følge Palacios-dommen må det også antas at arbeidsmarkeds- og sysselsettingsmessige hensyn kan gjøres gjeldende, men det må forutsettes at også dette formål bedriften påberoper seg må være sant og ha virkning for fler enn selve bedriften.

²²⁶ Age Concern premiss 46.

²²⁷ Oslo tingrettsdom av 16.04.2010

²²⁸ Innst.O nr. 100 (2004-2005)

For aldersgrenser i avtaler og praksis vil noen momenter særlig vil gjøre seg gjeldene i en vurdering av lovligheten. I det følgende vil jeg ta stilling til enkelte momenter som har vært fremmet som argumenter i saker for domstolene, herunder hensynet til gjennomstrømning blant de ansatte i bedriften, og momenter av rent avtalerettslig karakter knyttet til arbeidsavtalen.

6.5.1.1 Nødvendig og hensiktsmessig

Et argument som i mange bedrifter ser ut til være begrunnelsen for en lavere aldersgrense, er argumentet om gjennomstrømning av ansatte i bedriften. Spørsmålet er om det er nødvendig og hensiktsmessig med en lavere aldersgrense for å nå formålet om gjennomstrømning i bedriften. Med gjennomstrømning menes at de yngre, nyansatte får mulighet til å avansere i høyere stillinger på et gunstigere lønnsnivå. For at dette skal la seg gjøre, avhenger det i følge noen bedrifter av at de eldre må vike for å kunne overlate sine stillinger til de yngre. Helikopter-saken²²⁹ tillar dette argument vekt. Spørsmålet i saken var om helikopterpiloter i henhold til bestemmelse i tariffavtale var pliktige til å fratre ved fylte 60 år. Retten uttrykte at

”Et fremstøt som i den konkrete saken vil forrykke balansen i avtalen, og vil kunne få utilsiktede konsekvenser for, særlig for det yngre arbeidstakere i selskapet som har basert seg på en karrierestige med hurtig avansement og en gunstig pensjonsordning.”²³⁰

Retten vektla hensynet om gjennomstrømning, og kom frem til at aldersgrensen ikke strider mot diskrimineringsforbudet. Dommen er imidlertid ikke rettskraftig. Den er anket til Høyesterett og ventes berammet 24. august 2010.

I Gjensidige-dommen ble det også fra arbeidsgiversiden anført at aldersgrensen var nødvendig for å ivareta hensynet til gjennomstrømning. Saken gjaldt spørsmålet om praktisering av intern aldersgrense på 67 år er i strid med aldersdiskrimineringsforbudet. Den ansatte som gikk til søksmål var informert om aldersgrensen i en personalhåndbok.

²²⁹ Gulatinglagmannsretts dom av 06.11.2009.

²³⁰ Dommen side 8.

Statoil anførte at det på bakgrunn av bedriftens konkurranseevner i forhold til å kunne tilby gode, langvarige karrierer i forbindelse med rekruttering, samt for å beholde kompetente ansatte, var nødvendig og hensiktsmessig å ha en øvre aldersgrense for fratreddelse som er lavere enn den alminnelige 70-årsgrensen i arbeidsmiljøloven. Til dette uttalte retten at det ikke er sannsynlig at arbeidstakere som har fylt 67 år stenger for avansement hos de yngre ansatte. Stillinger i Gjensidige er ikke organisert i linje på en slik måte at en arbeidstaker er avhengig av ledige stillinger for å rykke opp. Opprykk i de fleste stillinger avhenger av kompetanse og prestasjoner. Retten konkluderte med at eldre arbeidstakere ikke hindrer yngre ansatte å avansere internt i bedriften, samt at dette har overføringsverdi til tilsvært mange bedrifter og arbeidsplasser for øvrig.

Jakhelln skiver om gjennomstrømningsargumentet i forbindelse med oppsigelse i Helikoptersaken-saken.

”med varierende bemanningsbehov, og varierende alderssammensetning vil det være et spørsmål om dynamikken innen selskapet for så vidt gjelder flygerne, som til enhver tid vil være avgjørende for når et opprykk eventuelt vil kunne finne sted. Lagmannsrettens betraktninger fremstår imidlertid som basert på et statisk utgangspunkt.”²³¹

Det må på denne bakgrunn antas at argumentet for gjennomstrømning hos bedriften som begrunnelse for nødvendig aldersdiskriminering, er et moment som går på bedriftens, og ikke allmennhetens behov. Det er derfor grunn til tro at argumentet ikke kan anvendes under henvisning EU-domstolens avgjørelse, *Age Concern*.

Ellers må nødvendighets og hensiktsmessighetsvurderingen basere seg på de samme kriterier som for lovbestemte aldersgrenser. Utgangspunktet er at det må undersøkes om målet kan nås ved bruk av andre og ikke-diskriminerende midler. I Statoil-saken²³² la retten vekt på at arbeidsgiver har et ansvar for å omplassere eller finne egnede arbeidsoppgaver dersom arbeidstaker blir syk og hindret i utøve sitt opprinnelige yrke.

²³¹ Upublisert notat av Henning Jakhelln 30. november 2009.

²³² Stavanger Tingrett dom sak 05-75777

6.5.1.2 Proporsjonalitet

Når det gjelder proporsjonalitetsvurderingen er det til en viss grad tatt stilling til spørsmålet i lovens forarbeider.²³³ Lovgiver har drøftet spørsmålet om aldersgrensenes lovlighet i helhet og på grunnlag av blant annet eldre dommer fra før aldersdiskrimineringsforbudet hadde trådt i kraft. Lovgiver vurderer på bakgrunn av eldre underrettspraksis²³⁴ spørsmålet om det etter gjeldene rett, stilles krav til at arbeidstakerne skal ha et økonomisk sikkerhetsnett å falle tilbake på ved avgang. Lovgiver uttrykker at det

”trolig må legges til grunn at dette er en forutsetning.”²³⁵

Denne vurdering faller etter min oppfatning inn under proporsjonalitetsvurderingen i unntaksbestemmelsen. Det fremstår som rimelig klart at dersom arbeidstaker stilles uten både retten til arbeid og pensjon, vil forskjellsbehandling som følge av en bedriftsintern aldersgrense være uforholdsmessig inngripende og således ulovlig.

Et annet moment som kan vurderes i forbindelse med avtalebestemt aldersgrense er avtalens rettslige bindende virkning. En arbeidsavtale er inngått av to parter som begge har akseptert vilkårene i avtalen. Spørsmålet blir således om arbeidstaker er bundet av avtalen og således vilkåret om særaldersgrense.

I en slik vurderingen vil det være et moment av betydning at vilkår om særskilt aldersgrense i arbeidsavtaler ofte er et resultat av at avtalene er inngått før diskrimineringsforbudet ble implementert i norsk lov. Det var tidligere et naturlig vilkår å avtale fratredelse på samme tidspunkt som rett til alderspensjonen inntreffer, mens dette stiller seg annerledes i dag.²³⁶ Det kan derfor hevdes at arbeidstakers aksept av avtalens klausuler som er satt før aldersdiskrimineringsforbudet ble implementert. I tillegg er arbeidsmiljøloven av preceptorisk karakter og det kan således ikke avtales noe som er til

²³³ Ot.prp 54 (2008-2009) s 57.

²³⁴ RG 1968 s 371, NAD 1986 side 207 og LB 1995 side 1486.

²³⁵ Ot.prp.54 (2008-2009) 8.3.3.

²³⁶ Upublisert notat av Henning Jakhell av 30. november 2009.

ugunst for arbeidstaker. Dette kan også sees i sammenheng med avtalelovens § 36 om adgang til å sette til side avtaler som er urimelig å gjøre gjeldene. Jeg går ikke videre inn på denne vurderingen her.

7 Hovedhensyn mot å opprettholde aldersgrenser for fratrede; menneskerettslig verdighet og demografisk utvikling

7.1 Innledning

De to følgende underkapitler vil omhandle det jeg oppfatter å være de to avgjørende hovedhensyn som trekker i retning av å ikke operere med aldersgrenser for fratrede fra arbeidslivet. Det er hensynet til den demografiske utvikling som verden står overfor, og hensynet til menneskerettslig likeverd. Disse to hovedhensyn omfatter de momenter som belyser hvorfor det er så viktig at de stramme vilkår som loven og direktivet legger til grunn for å rettferdiggjøre, eller lovliggjøre, forskjellsbehandling på grunn av alder blir fulgt.

7.1.1 Menneskerettslig perspektiv; argument mot å opprettholde aldersdiskriminerende regler

Et av hovedhensynene mot å opprettholde aldersdiskriminerende bestemmelser, er hensynet om å ivareta individets verdighet og rett til likebehandling. FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948 fastslår at

”All human beings are born free and equal in dignity”

Videre uttrykker neste artikkel at:

“Everyone is entitled to all rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind...”

Vern mot diskriminering henger således nært sammen med prinsippet om menneskers likeverd.²³⁷

²³⁷ Hellum og Ketscher (2008) side 113.

Det enkelte individ har rett til beskyttelse av sin verdighet og rett til å bestemme over eget liv. Prinsippet om ikke-diskriminering innebærer et forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Det betyr at det foreligger et forbud mot forskjellsbehandling som baserer seg på et rettsstridig kriterium. Egenskaper som kjønn, etnisitet, alder også videre er irrelevant for om vedkommende yter godt i arbeidet eller ikke og er således rettsstridige kriterier som fører til usaklig forskjellsbehandling. Det er i utgangspunktet bare arbeidstakerens kvalifikasjoner som skal vektlegges ved vurderingen av en vedkommendes egnethet i et yrke. Når myndighetene, på vegne av alle eldre arbeidstakere over 70 år, avgjør at retten til å arbeide ikke skal gjelde for denne aldersgruppen, brytes i utgangspunktet prinsippet om ikke-diskriminering.

Aldergrenser som hindrer velfungerende, friske arbeidstakere som ønsker å arbeide og som bidrar til verdiskapning i samfunnet, må i et slik perspektiv veie svært tungt.

Aldersgrensene legger begrensninger på menneskets frihet og integritet, og fratar en gruppe individer en grunnleggende rett til arbeid. Samtidig signaliserer aldersgrense et uttrykk for eldre mennesker som en homogen gruppe, med svakere evner til å yte i arbeid. Det å bli ekskludert fra arbeidslivet og således fratatt muligheten til eget økonomisk underhold bør også ses i sammenheng med dårligere mental og fysisk helse.²³⁸ Arbeidet er gjerne en stor del av ens personlighet og sosiale liv. Ekskludering deltakelse på arbeidsmarkedet kan derfor bidra til at enkelte individer i større grad føler ensomhet og isolasjon. Det krenker individets grunnleggende rettigheter.

Det er derfor viktig at de stamme vilkårene som blir lagt til grunn for lovlig forskjellsbehandling, blir fulgt opp i praksis. Dersom det skulle forekomme et reelt behov for et regelverk med bestemmelser som unntar eldre retten til arbeid, bør det formuleres som et unntak,- ikke en hovedregel slik som aldersgrensene i praksis fungerer i dag.

²³⁸ Towards a European society of all ages. Rappr fra AGE (2007).

7.1.2 Økonomisk kostnad og demografisk utvikling

Det forekommer for tiden en endring i befolkningens sammensetning. Dette kalles demografisk utvikling. Aldersmessig går utviklingen i Europa og i den vestlige verden i retning av flere eldre og færre yngre mennesker. Ifølge tall fra FN vil antall personer over 70 år være nesten 40 prosent høyere på verdensbasis i 2020, sammenlignet med dagens tall. På 40 år vil andelen av de eldste voksne bli mellom tre og seksdoblet, og i Norge vil det i 2050 for første gang være flere eldre over 60 år sammenlignet med aldersgruppen under 15 år.²³⁹

Det faktum at befolkningens aldersmessige sammensetning går i retning av flere eldre og færre yngre, vil naturligvis gjenspeile seg i arbeidslivet. Ettersom de eldre går ut i alderspensjon, vil det på et tidspunkt resultere i færre deltakere til å bidra på arbeidsmarkedet. Den økende andel eldre mennesker fører til at det blir nødvendig å ansette og beholde arbeidstakere i voksen alder for å tilfredsstille etterspørselen av arbeidskraft. Tall fra NAV viser at Norge gjennomgående har lav arbeidsledighet sammenlignet med andre land. I 2008 var arbeidsledigheten på 2,6 prosent. Det betyr at 72 prosent av befolkningen fra 15 til 74 år i 2008 var sysselsatt. Det er en økning fra 69,1 prosent i 2005 og 65,6 prosent i 1990. Dette kan tyde på en behov for fortsatt import av utenlandsk arbeidskraft.

Årsaken til den demografiske, aldersmessige utviklingen er for det første at fertilitetsraten stadig synker.²⁴⁰ Unge mennesker velger i større grad å ta utdanning, få arbeid og etablere yrkesmessig karriere før de stifter familie. Dette vil i et tidsperspektiv føre til at vi ikke har like mange år på å produsere samme antall barn som tidligere. Den totale fertilitetsraten i utviklede land er anslått å måtte være på minst 2.1 barn per kvinne, dersom populasjonen skal kunne regenereres. I EU²⁴¹ var den totale fertilitetsraten på 2.7 i 1965, mens den i 1995

²³⁹ World Population Ageing 1950-2020 Population division, DESA United Nations.

²⁴⁰ Fertilitetsraten er det gjennomsnittlige antall barn en fertil kvinne føder. Ilmarinen (2005) side 20.

²⁴¹ De 15 første statene som ble medlem av EU; Belgia, Frankrike, Tyskland, Italia, Luxembourg, Danmark, Irland, England, Hellas, Portugal, Spania, Østerrike, Finland og Sverige.

har sunket til 1.5. De siste ti årene har tallet vært mer eller mindre stabilt. En slik trend indikerer at populasjonen ikke har regenerert seg på nesten ti år.²⁴²

For det andre er årsaken til den demografiske, aldersmessige utviklingen, bedre helse blant eldre. Vi lever lengre og holder oss friske lengre enn før. I snitt lever norske kvinner i 83,1 år og menn i 78,6 år.²⁴³ Dette er det høyeste registrerte tall på levealder som er registrert i Norge. Et annet faktum, er at bedre helse blant eldre ikke har ført til at arbeidslivet har økt med antall år.²⁴⁴ Det betyr at vi i snitt går av med pensjon ved samme alder som tidligere, noe som resulterer i flere borgere som ikke bidrar med skattekroner, men tvert imot flere som har krav på pensjonsytelser. Denne utviklingen i befolkningens alderssammensetning fører altså til færre unge og fler eldre i samfunnet, og antallet arbeidstakere vil synke med utviklingen. Som følge av en slik utvikling vil det i fremtiden være nødvendig få etablere et grunnlag for anskaffe flere arbeidstakere. Det kan for det første løses ved å rekruttere unge voksne inn i arbeidslivet tidligere, noe som innebærer store endringer i skole og utdanningssystem. For det andre, og trolig et enklere sted å begynne, er å beholde eldre lenger i arbeidslivet før de velger å pensjonere seg. Global aldring er en stor triumf, men også en stor utfordring. Å oppheve lovbestemte aldersgrenser og bestemmelser som åpnet opp for tvungen fratredelse fra arbeidslivet, vil imidlertid være en faktor som kan være av betydning.

Det foreligger så vidt jeg har vet, ikke noen norsk oversikt over økonomiske kostnader som skyldes at eldre er hindret til å bidra på arbeidsmarkedet. Undersøkelser i andre europeiske land kan imidlertid illustrere problemet. En av undersøkelsene som er foretatt i Frankrike viser blant annet at lav arbeidsdeltakelse av folk over 50 år resulterer i et økonomisk tap på ca 24 milliarder euro, og at tidlig pensjonering representerer 15 prosent av det totale pensjonskostnaden.²⁴⁵ En annen undersøkelse som er foretatt i England viser at den

²⁴² Ilmarinen (2005) side 20.

²⁴³ Tall fra statistisk sentralbyrå. <http://www.ssb.no/emner/02/02/10/dode/>

²⁴⁴ Ilmarinen (2005) side 26.

²⁴⁵ Godet, (2006)

økonomiske kostnaden av aldersdiskriminering er estimert til ca 23 milliarder euro i året.²⁴⁶ Den økonomiske kostnaden innebærer tap av skatteinntekter fra potensielle arbeidstakere og økte pensjonsutgifter for staten. Dette er svært høye tall som ikke kan gjenspeile den Norske kostnaden av aldersdiskriminering, men det illustrerer det økonomiske argument som trekker i retning av å oppheve aldersgrenser for arbeidstakere som fortsatt er en samfunnsmessig økonomisk ressurs.

Det at samfunnet gjennom pensjonsordninger legger til rette for at arbeidstakere kan fratre hvis ønsket, må kalles å være en forbedring av individets rett til selvbestemmelse, men det er også viktig at det blir tilrettelagt for dem som ønsker å fortsette å arbeide. Det er kan derfor ses på som problematisk at myndighetene opprettholder aldersgrenser i lovgivningen og gir adgang for bedriftene til å sette aldersgrenser. Det innebærer i realiteten at eldres nødvendige arbeidskraft settes ut av drift. Aldersgrenser for fratre fra arbeidslivet står således i sterk motsetning til samfunnets reelle behov for arbeidstakere.

I stortingsmelding om seniorpolitikk fra 2007 fremheves det at målet vedrørende seniorpolitikken er å få flere til å stå lenger i arbeid og således øke den reelle pensjonsalderen.²⁴⁷ Videre uttrykker departementet at for å nå dette målet er det viktig å hindre utstøtning og motivere seniorene til å stå lenger i arbeid. Regjeringen uttrykker også at de har en visjon om et inkluderende arbeidsliv der ingen skal måtte gå lenge uten arbeid, og der alle som har helse til det skal kunne delta i arbeid. *"Ingen skal diskrimineres, verken på grunn av alder eller annen"*²⁴⁸ heter det i stortingsmeldingen. Dette er noe paradoksalt sett i lys av at aldersgrensen i arbeidsmiljøloven nylig ble opprettholdt og omformulert med virkning fra 01.01.10

²⁴⁶ Winning the Generation Game (2000), The performance and innovation Unit Cabinet Office (UK).

²⁴⁷ St.meld.nr.6 (2006-2007).

²⁴⁸ St.meld.nr 6 (2006-2007) side 6.

7.1.3 Bemerkning til diskrimineringslovutvalgets vurdering av aldersdiskrimineringsforbudet, NOU 2009:14

Diskrimineringslovutvalget ble nedsatt i 2007. Hensikten med utvalget var å kartlegge hvorvidt det kunne være hensiktsmessig å samle lovene på likestillings- og diskrimineringsfeltet til en felles lov. Forslaget ble fremsatt i som NOU 2009:14. I forslaget utredes alle diskrimineringsgrunner, herunder også alder. Jeg ønsker i det følgende å kommentere enkelte av utvalgets vurderinger som knytter seg til presisering i lovteksten for hvilke tilfeller som kan anses å være tillatelig aldersdiskriminering.

Utvalget konkluderte med at det foreligger et behov for særlige presiseringer når det gjelder adgangen til å forskjellsbehandle på grunn av alder. Det foreslås at det lovfestes en adgang til å fastsette generelle aldersgrenser som angir de tilfeller der forskjellsbehandling på grunn av alder er tillatt.²⁴⁹ Det vises til at det er en reell forskjell mellom alder og andre diskrimineringsgrunner og at forskjellsbehandling på grunn av alder oftere kan ha en saklig begrunnelse.²⁵⁰ Utvalget legger til grunn at det er en reell forskjell mellom alder og andre diskrimineringsgrunner, og at forskjellsbehandling på grunn av alder oftere er saklig enn det som er tilfellet for andre diskrimineringsgrunner.²⁵¹

Det presiseres videre at det er at det vil overlate et altfor stort spillerom for skjønn for håndhevingsorganene å ha et generelt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder²⁵². Utvalget ser altså et behov for en tydeligere regulering i loven som fastsetter hvor grensen mellom saklig og usaklig forskjellsbehandling på grunn av alder går. Det presiseres at formålet med et slik særuntak er å avskjøre unødvendige tvister. Utvalget underbygger sitt forslag med at også EU-retten setter alder i en særligstilling blant de andre diskrimineringsgrunnlagene.

²⁴⁹ NOU 2009:14 side 193-194.

²⁵⁰ NOU 2009:14 side 176.

²⁵¹ NOU 2009:14 side 176.

²⁵² NOU 2009:14 side 176.

Etter min oppfatning vil det å oppstille særlige presiseringer for når aldersdiskriminering skal være lovlig svekke diskrimineringsvernet. En slik oppramsing i loven kan føre til at det går automatikk i hvilke tilfeller som innebærer lovlig forskjellsbehandling på grunn av alder. Direktivet oppstiller tre forskjellige alternativer til saklig forskjellsbehandling på grunn av alder, men statene er ikke forpliktet til en slik oppramsing av diskrimineringstilfeller som kan rettferdiggjøres. Det foreligger et forbud mot diskriminering på grunn av alder, alt annet er unntak fra forbudet. En lovteknisk løsning om eksempler om hva som er tillatt aldersdiskriminering vil trolig være uheldig for lovens forutberegnelighet, da de snarere vil fremstå som en hovedregel. Etter min oppfatning er dette spesielt viktig for alders som diskrimineringsgrunnlag da temaet er forholdsvis nytt i diskrimineringssammenheng og i stor grad offer for stereotype holdninger fra samfunnet rundt. På denne bakgrunn vil slike eksempler i loven føre til dårligere beskyttelse for det enkelte individ som utsettes for forskjellsbehandling på grunn av alder. Utgangspunktet er at diskriminering på grunn av alder er ulovlig.

Forbud mot aldersdiskriminering er et nokså nytt tema i diskrimineringsretten. Det er derfor vanskelig for samfunnet å se behovet for vernet på samme måte som mange andre diskrimineringsgrunnlag. Det tar tid å endre samfunnets normer vedrørende hvilke rettigheter forskjellige grupper individer bør ha. Det er imidlertid liten tvil om at alder som diskrimineringsgrunnlag i stor grad kommer til å bli påberopt i tiden fremover. Både nasjonal seniorpolitikk og EU-domstolen trekker i retning av en omfattende utvikling av vern for eldre.

1Register

1.1 Litteraturliste

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 8. utg. Oslo, 1998.

Aune, Helga. *Deltidsarbeid. Vern mot diskriminering på strukturelt og individuelt grunnlag*. 1.utg. Oslo, 2009.

Cook, Rebecca J. og Simone Cusack. *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives (Pennsylvania Studies in Human Rights)*. 1. Utg. Pennsylvania, 2009.

Cotter, Anne-Marie Mooney. *Just a number: An International Legal Analysis on Age Discrimination*. 1. Utg. Hampshire, 2008.

Dahl, Tove Stang (red.). *Kvinnerett I*. 1. Utg. Oslo, 1985.

Disney, Richard. "Why have older men stopped working?" I: P. Gregg og J. Wadsworth (ed.) *The state of Working Britain*. Machester, 1999.

Godet, Michel and Mousli, Marc (2006), *Viellissement, activites et territoires a l'orison 2030*, Conseil d'analyse economique, France.

Graebner, William. *History of retirement*. Yale, 1980.

Hellum, Anne og Kirsten Ketscher (red.) *Diskriminerings- og likestillingsrett*. 1. utg. Oslo, 2008.

Ilmarinen, Juhani. *Towards a longer work life – Ageing and the quality of work life in the European Union*. 1. utg. Helsinki, 2005.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten* 4. utg. 2.oppl. Oslo 2007.

Jakhelln, Henning. *Upublisert notat av 30. november 2009*

Kalasanti, Toni M. og Kathleen F. Slevin (ed.) *Age Matters: Realigning feminist thinking*. 1. utg. New York, 2006.

Ketscher, Kirsten. *Mod en argumentativ ret*. I: Jussens Venner. Hefte 5-6 (2000), S. 272-287.

Kluge, Geir. *Diskriminering på grunn av alder – særlig om aldersgrenser. Status og kommentarer*. I: Arbeidsrett. Nr. 4 (2007)

Macnicol, John. *Age discrimination. An Historical and Contemporary Analysis*. 1.utg. Cambridge, 2006.

Nelson, Todd D. (ed.) *Handbook of prejudice, stereotyping and discrimination*. 1. utg. New York, 2009.

Nelson, Todd. D. (ed.) *Ageism. Sterotyping and Prejudice against Older Persons*. 1.utg. Massachusetts, 2002.

O'Conneide, Colm. *Age Discrimination and European Law*. European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D.3, 2005.

Sargeant, Malcom. *Age Discrimination in employment*. 1. utg. Hampshire, 2006.

Sargeant, Malcom (ed.) *The Law on Age Discrimination in the EU*. 1. utg. Alphen aan den Rijn, 2008.

Strand, Vibeke Blaker. *Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?* I: Lov og rett. 3. årg. Nr. 46 (2007), S. 131-153.

Tomlinson, Richard. *Late Shift: The Death of Retirement*. 1. utg. London, 2007.

Herlofsen, Erik Råd. Politikerne har talt – seniorpolitikk gjelder ikke i praksis. Senter for seniorpolitikk (2009)

Kirsten Ketscher utg. 3 *Socialret* (2008)

1.2 Rapporter

AGE. *Towards a European Society of All Ages*. 2006. http://www.age-platform.eu/images/stories/EN/Brochure_Society_EN_final.pdf [Sisert: 30 april 2010]

Statistisk sentralbyrå (SSB). *Vi lever stadig lenger*.
<http://www.ssb.no/emner/02/02/10/dode/> [Sisert 29. april 2010]

Global action on Aging. *Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW)*. <http://www.globalaging.org/agingwatch/cedaw/index.htm> [Sisert 29. april 2010]

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Praksis*. Oslo, 2008, S. 90.

World Population Ageing 1950-2020 Population division, DESA United Nations

Winning the generation Game (2000), The performance and innovation Unit Cabinet Office (UK)

1.3 Lover

Lov om arbeidstid, arbeidsmiljø og stillingsvern (Arbeidsmiljøloven) 17. juni 2005 nr. 62

Lov om statens tjenestemenn m.m (Tjenestemannsloven) 4. mars 1983 nr 3

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90

Sjømannslov 30. mai 1975 nr. 18

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Menneskerettighetsloven 21. mai 1999 nr. 30

Grunnloven 17. mai 1814

Lov om likestilling mellom kjønnene (Likestillingsloven) 9. mai 1978 nr. 45

Lov om forbud mot diskriminering (Diskrimineringsloven) 3. juni 2005 nr. 33

Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (Diskriminerings-og tilgjengelighetsloven) 20. juni 2008 nr. 42

Lov om vergemål for umyndige (Vergemålsloven) 22. april 1929 nr. 3

Lov om folketrygd (Folketrygdloven) 28. februar 1997 nr 19

1.4 Internasjonale konvensjoner og direktiver

Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)

Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

Direktiv 2000/78/EF

FN's generelle rekommandasjon om eldre kvinner og beskyttelse av deres rettigheter

76/207/EØF Likebehandlingsdirektivet mellom menn og kvinner

75/117/EØF Likelønnsdirektivet

1.5 Forarbeider

Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp. nr 49. (2004-2005) Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern

Ot.prp. nr 85. (2005-2006) Om lov om endringer i sjømannslov 30. mai 1975.

NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

NOU 2009:14 Et enhetlig diskrimineringsvern

NOU 2004: 5 Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Innst. S. nr 220 (1954)

St.meld.nr 6 Stortingsmelding om seniorpolitikk (2006-2007)

Danske forarbeider

Finansministeriet, fremsatt den 1. april 2008. *Forslag til lov om ændring af lov om tjenestemænd og forskellige andre love.* (Ophævelse af den generelle pligtige afgangsalder på 70 år m.v.).

1.6 Forslag til uttalelse fra generaladvokaten

Sak C-45/09 mellom Gisela Rosenblatt og Oellerking GmbH

1.7 Avgjørelser

LDO

Sak 08/1280

Tingrett

TSTVG-2005-75777 Statoil-dommen

TAHER-2008-195258 SAS-dommen

TOSLO-2009-143503 Gjensidige-dommen

Lagmannsrett

LG-2009-41184 Helikopter-dommen

RG 1968 side 371

NAD 1986 s 207

LB 1995 side 1486

Høyesterett

Rt. 2010 side 202 Nye Kyst Link AS

Rt. 2000 side 996 Böhler-dommen

Rt.1966 side 393

Arbeidsretten

ARD 1975-65

EU-domstolen

C-144/04 Mangold-dommen

C-411/06 Palacios-dommen

C-388/06 Age Concern-dommen

C-341/08 Petersen-dommen

EMD

9106/08 Bouamar mot Belgia

65731/01 Stec mot Storbritannia

Dansk praksis

U.2010.603Ø (Landretten)

1.8 Nettsteder

Eur-lex.eu

Arbeidsrett.no

Rettsdata.no

Lovdata.no

Aftenposten.no

Global Ageing.org <http://www.globalaging.org/agingwatch/cedaw/index.htm>

Age-platform.eu http://www.age-platform.eu/images/stories/EN/Brochure_Society_EN_final.pdf

Statistisk sentralbyrå.no <http://www.ssb.no/emner/02/02/10/dode/>